جامعة الجزائر

كلية العلوم الإسلامية – الخروبة-

المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي و القانون الجنائي

القانون الجزائري نموذجاً

إعداد الطالبة:
أمينة زواوي

إشراف الدكتورة:
دهينة نصيرة

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور:.............................. رئيسًا

الدكتورة: نصيرة دهينة مقررة

الدكتور: .... عضوا مناقشا

الدكتور: .... عضوا مناقشا

1426هـ -1427هـ

2005-2006م

كلمـــــــة شكـــــــر وتقديـــــــــــــر

أول كلمة أعتز بإلقائها من مقامي هذا كلمة حمدٍ، فالحمد لله رب العالمين الذي أعانني وأمدّني بالقدرة وأنعم عليّ، أن أتممت هذا البحث، فاللهم لك الحمد على ما رزقتنا وما مننت به علينا.

والصلاة والسلام على سيّد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم إلى يوم الدّين.

وبعد شكر الله تبارك وتعالى يأتي شكر الوالدين – حفظهما الله- ومهما بالغت في الشكر والتقدير عرفاناً لهما بفضلهما فلن يسع ذلك لرّد جميلهما.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة نصيرة دهينة على ما أسدته لي من معونة وتوجيه حتى أتممت هذا البحث، وكما لا أنسى تقديم الشكر للأستاذ عبد الحميد عمارة لما أسداه لي من نصح وتوجيه فبارك الله لهما.

وأخيراً أتقدم بتوجيه الشكر الجزيل لعمال مكتبة كلية العلوم الإسلامية بالخروبة دون أن أنسى الشكر الجزيل للجنة العلمية الموقرة على قبولها لمناقشة هذه المذكرة رغم كثرة المشاغل.

فإلى كلّ هؤلاء أوجّه شكري وتقديري

بسم الله الرحمن الرحيم

إنا عَرَضْنا الأَمَانَةَ عَلَى السمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَالجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ
يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنسَانُ إِنهُ كَانَ ظَلُومًا
جَهُولاً

الأحزاب 72

المقدمة

بسم الله والحمد لله الذي أكرم الخلق بأعزّ النّعم وأمدّهم بمثلى القيم وسخّر لهم أدّق النظم خدمة لدينهم ودنياهم، القائل في محكم تـ يله: **" إنا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَالجِبَالِ فَأَبْين أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنسَانُ إِنهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولا"** [1]

والصلاة والسلام على سيد البشر وإمام الثقلين وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيرًا إلى يوم الدين وبعد:

فيعدّ الدين المصدر الذي تنهل منه الشعوب نظمها وقوانينها فهو الذي من خلاله تستقى الأحكام لتستثمر بعدئذ كقواعد قانونية ذات قوة إلزامية.

ولهذا نجد أنه قد تقرّر لدى العلماء أنّ النظم القانونية مرآة عاكسة لعمق الحضارات وتطوّرها بلا ريب.

ومن يتدبر بإمعان ويتوغل بإحكام في أحكام ديننا الحنيف يجد أنّ النظام الإسلامي هو بحق بنيان مرصوص ندر أن يكون لنظام قانوني آخر في هذا العالم مثيل له في دقته المتناهية نسجا بين الأحكام والقواعد من دون أي تناقض ولا أدنى اختلال.

لهذا فإن استفراغ الوسع وبذل الجهد دراسة لمثل هذا النظام من خلال بحث مترامي الأطراف متشعب الجوانب متعدد الأحكام والمسائل كموضوع المسؤولية الجنائية محلّ الدراسة لهذه المذكرة لجدير بإبراز جوهر هذا النظّام مقارنة بغيره من النظم.

---

[1] سورة الأحزاب الآية 72.

أهمية الموضوع:

يستقي موضوع المسؤولية الجنائية أهميته بدخوله من الباب العريض، فمن الناحية التاريخية يعد أحد أكثر المواضيع تأصيلا وتأريخا في المجال القانوني نظرا لخضوعه في تبلوره لعهدة طويلة تأثر من خلاله ببيئات وديانات مختلفة وشرائع إجتماعية متنوعة ليصل إلى ماهو عليه اليوم.

بينما نجد أنّ نصا تشريعيا واحدا في أواخر سورة الأحزاب كان كفيلا ببيان العماد وتأصيل القواعد القائم عليها مثل هذا الموضوع كما أنه ونظرا لأهميته في بناء السياسة الجنائية في الإسلام فقد تعرض له علماء الأصول في مباحث المحكوم عليه من خلال بيان مفهومه وشروطه والأثر المترتب عليه.

الإشكالية:

من المعتقدات السائدة لدى الغرب أنه لولا النهضة الأوربية ما أمكن إرساء قواعد ومبادئ للنظام القانوني بمفهومه الحديث.

وأنه ما من نظام أو دولة إلا ويدين لها بشكل أو بآخر بالرغم من أنّ جل ما وجد لدى الغرب من مبادئ أرستها الحضارة الإسلامية بنظامها القانوني الفذ والذي يُرى له أثره في كل ما جاء به الغرب وهم بذا يحرّفون الكلم عن مواضعه.

وعليه فما الإشكال الذي يمكن أن يطرح هاهنا:

- ما المقصود بالمسؤولية الجنائية وما مدى علاقتها بغيرها من المصطلحات ؟
- هل يتباين مفهوم المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون، ومن الذي يمكن أن يعدّ أهلاً لتحمل التبعة في كل من الفقه الإسلامي والقانون؟ وما سبب تأخر ظهوره في القانون عنه في الفقه الإسلامي؟

- ما هو الأساس الذي يمكن أن يعدّ قوامًا للمسؤولية الجنائية وما درجة الخلاف القائم حوله وهل من موقف يقوم عليه النظامين لإرساء قواعد وأسس المسؤولية الجنائية؟
- هل تمة مسائل وأحكام متعلقة بموضوع المسؤولية الجنائية وما مدى الأثر الذي تحدثه هاته المسائل والأحكام في جملتها على مثل هذا الموضوع؟

أسباب اختيار الموضوع:

- إنّ باحثا في الدراسة المقارنة لن يجد أفضل من موضوع المسؤولية الجنائية مجالا خصبا لاستثمار طرق وأساليب المقارنة.
- يعد بحث المسؤولية الجنائية من المواضيع التي كثر الخلاف فيها في القانون الوضعي خاصة ما تعلق منه ببيان الأساس الذي تقوم عليها وشروطها.
- في محاولة لإخراج هذا البحث في صورة شبه متكاملة، وذلك من خلال الإلمام بجل جزئياته وجمع شتاتا في بحث علمي أكاديمي مقارن.
- خلو المكتبة الجزائرية من مثل هاته الدراسة الأكاديمية، فالتمكّن من المصادر الفقهية والأصولية وتكييف مادتا بما يخدم القانون الجزائري وتطويره ليس مما يقدر عليه جل طلاب الحقوق.
- إن جل من ألّف في هذا الموضوع لم يتعد الجانب القانوني فيه لهذا فقد ارتأيت أن تكون دراسة هذا الموضوع شاملة للجانبين الشرعي والقانوني.

فمن الناحية الشرعية لنا الشرف في إرث ثروة فقهية علمية تزخر با الأمة الإسلامية ما بقيت.

ومن الناحية القانونية فإن تقليد التشريع الجزائري التشريع الفرنسي في كل شبر وذراع جعله يتنافى في كثير من الأحيان مع القيم الإسلامية، ويصطدم في الكثير من غيرها بتناقضات شديدة في مجال صياغة القواعد والأحكام.

- لا يكفي القول بسمو النظام الإسلامي عن غيره من النظم بل لا بد مما يؤكّد ويبرز جوهر هذا النظام من خلال عرض لعمل علمي وهو ما تحاول المذكرة تقديمه.

الدراسات السابقة للموضوع:

- لن أدعي قصد السبق إلى هذا البحث إذ أنّ موضوعا بهذه الأهمية لا شك قد تناوله من سبق، كما أنّ هذا لا يعني أنه ما ترك الأول للآخر شيئًا إذ لكل من تناوله وجهة نظر وجانب ارتأى أن يكون عرضه لهذا الموضوع من تلك الزاوية لا غير. ومن هذه الدراسات مايلي:

1- عبد السلام التنوجي في موانع المسؤولية الجنائية وقد كانت دراسته عرض لجانب تاريخي تعرض فيه لتطوّر المسؤولية الجنائية منذ القرون الخوالي.

2- ومثله علي عبد الواحد وافي في المسؤولية والجزاء.

3- توفيق الشاوي: المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية عبارة عن مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة قسم الحقوق واتخذّ في دراسته عينة للبحث والمقابلة تمثلت في أربع تشريعات عربية (اللبناني، السوري، العراقي، المصري)، كنماذج محلّ دراسة.

4- دراسة حسن صادق المرصفاوي: قواعد المسؤولية الجنائية، وبالتالي فإن التأليف في هذا الموضوع يعد تأليفا مستقلا إلى جانب ذلك فهي دراسات قانونية بحتة وإن قورن فيها فإنّ مجال مقارنة لا يتجاوز حدود التخصص.

الصعوبات:

- إنّ أهم صعوبة واجهتني أثناء إعداد لهاته المذكرة هو الموضوع نفسه، فقد ألزمني فهم طبيعة الموضوع الوقت الكثير وسبب صعوبته هو اختلافه باختلاف المدارس الفلسفية والقانونية والاجتماعية والسياسة إذ يأخذ في كل مرحلة زيّا يغاير الزيّ الذي كان عليه.

- كما أن الدراسة المقارنة بين نظامين مختلفين كلّيا تحتاج بحدّ ذاتا إلى بذل مزيد من الجهود في خضم تغاير المصطلحات كما يبدو لأوّل وهلة إلا أنه ما يفتأ أن ينجلي اللبس ليتبين اتحاد المعنى أحياًنا.

- إنّ قلة المراجع القانونية التي تعنى بدراسة القانون الجزائري من شأنا أن تعرقل الباحث في العديد من الأمور عن محاولة وقوفه على حكم القانون في بعض المسائل.

- إنّ موضوع المسؤولية الجنائية موضوع تتجزأه مواضيع أخرى لا تقل أهمية أحدهما عن الآخر ولما كانت طبيعة البحث باعتباره مذكرة لا رسالة كان لزامًا عليّ أن أتناول جانًبا واحدًا من مجموع ثلاث محاور كبرى على ما سيتبّين في هذا البحث.

- كما أنه ونظراً لأسباب كثيرة فقد تعذر عليّ الإعتماد على طبعة واحدة في بعض المصادر والمراجع التي اعتمدت عليها.

المنهج المتبع:

اعتمدت المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن والتزمت في توثيق المادة العلمية قواعد المنهج العلمي الأكاديمي حيث:

- عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف برواية ورش عن نافع بذكر اسم السورة ورقم الآية.

- خرّجت الأحاديث النبوية والآثار من مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين أكتفي بما، وإن كان في غيرهما فإنني أحاول تتبع مضّان الحديث من كتب التخريج...

- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في البحث عدا المشهورين منهم.

- عزوت النصوص القانونية إلى مصادرها المعتمدة.

- اقتصرت حين المقارنة على ما جاء في قانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية.

- اقتصرت في جانب الفقه الإسلامي على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، باستثناء ما ذكر من رأي الظاهرية في مواضيع يسيرة.

- عرضت الآراء الفقهية لكل مذهب حسب وروده وذلك بالرجوع إلى كتب المذاهب المعتمدة.

- وشحت الرسالة بفهارس علمية على الترتيب التالي:
  - فهرس الآيات القرآنية.
  - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار.
  - فهرس الأعلام المترجم لهم.
  - فهرس المصادر والمراجع.
  - فهرس الموضوعات.

خطة البحث

وقد قسّمت البحث إلى مقدمة وفصل تمهدي وفصلين وخاتمة.

المقدمة تناولت فيها أهمية الموضوع والإشكالية وأسباب الاختيار والدراسات السابقة للموضوع والصعوبات والمنهج المتبع.

الفصل التمهيدي: المسؤولية الجنائية تطورها ومفهومها وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية وتطورها عبر التاريخ.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الوضعي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الإسلامي.

المبحث الثاني: مفهوم المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية في اللّغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثالث: مصطلح المسؤولية والألفاظ ذات الصلة به.

الفصل الأول: قوام المسؤولية الجنائية وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قوام المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية الجنائية في الفقه الإسلامي وأنواعها.

المطلب الثاني: مفهوم الأهلية الجنائية في القانون ومراحلها.

المطلب الثالث: مكانة الأهلية الجنائية في القانون وموقف الفقه الإسلامي منها.

المبحث الثاني: شروط المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: الإدراك والتمييز في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثاني: حرية الاختيار في الفقه الإسلامي والفكر الوضعي.

المطلب الثالث: أثر الإدراك وحرية الاختيار في مراحل تدرج المسؤولية الجنائية.

الفصل الثاني: أثر الموانع على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون وفيه مبحثان:

المبحث الأول: موانع الإدراك

المطلب الأول: الحداثة.

المطلب الثاني: الجنون والعاهات العقلية.

المطلب الثالث: السكر.

المبحث الثاني: موانع الاختيار.

المطلب الأول: الإكراه.

المطلب الثاني:الضرورة

الخاتمة وفيها أهم نتائج البحث.

هذا وإن كنت وفقت فيه إلى الصواب فبفضل من الله ونعمة وإلا فحسبي أني بذلت قصارى جهدي لإصابة الحق، والكمال لله وحده لا شريك له.

والله نسأل التوفيق والسداد والهداية والرشاد وأن يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل التمهيدي

المسؤولية الجنائية تطورها ومفهومها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية وتطورها عبر التاريخ

المبحث الثاني : مفهوم المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية وتطورها عبر التاريخ

لم يخضع التشريع الجنائي الإسلامي في قواعده وأسسه إلى التطور والتغيير إلا ما كان منه في مسائل اجتهادية معروفة ترك الشارع الحكيم أمرها الأولي الأمر عبر الأزمان، وهي المسائل التي من شأنها أن تبرهن على صلاحية هذا النظام وفعاليته في مواجهة كل تغيير.

وما سأتناوله في هذا المبحث من البيان لتطور المسؤولية في كلا النظامين أو الفكرين كون هاته النظرية من أهم النظريات التي يعكس تطورها الفكر القانوني على امتداده عبر العصور لدليل على صدق ما قيل بادئ ذي بدء.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الوضعي:

يعد التاريخ ذاكرة حقيقية لحفظ الأحداث والتغيرات عبر العصور، وهو بذلك شاهد على ما مرت به المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الوضعي من تغيرات لتستقيم في نهاية المطاف على ماهي عليه اليوم وتحتل مكانة في البناء الجنائي الوضعي.

فهي قبل اليوم لم تمثل إلا مزيجا أو خليطا من المفاهيم، فقد كان الحديث عن المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني القديم حديثا عن المسؤولية المدنية أيضا.

كما اختلط مفهوم الجريمة بالخطيئة الدينية والعقوبة بالكفارة، والقصد الجنائي بالخطأ والإهمال مما جعل أحكامها مزيجا مختلطا بين الدين والقانون في أغلب

صورها، وبناء على ما أسلفت فقد اختلف مفهوم المسؤولية الجنائية باختلاف حالة العصر التي سادت فيه نظرا لما لها من علاقة بنظم ا لتمعات.

وبما أن قواعد القانون كما أسلفت سابقا تخضع في تكونا لمؤثرات بيئية فلا شك أن القانون الجنائي الذي ساد وقتئذ كان له طابعه الخاص بالنظر لتلك المعتقدات، لذا فإنّا نجد بصمات رجال الدين في ا لال القانوني بَينة واضحة في فترة امتزج فيها الدين بالقانون[1] إلى حد بعيد والقرآن الكريم يصور ذلك أبلغ صورة في قوله تعالى: **" قَالَ أَفَتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ الله مَالاَ يَنْفَعُكُمْ شَيْئًا وَلاَ يَضُرُكُمُوا أُفٍ لَكُمْ وَلِمَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ الله أَفَلاَ تَعْقِلُون قَالُوا حَرِّقُوهُ وَانْصُرُوا آلِهَتَكُمُوا...**"[2]

وفيما يلي عرض لأمثلة تبَين ما سبق تفصيله:

أولاً: القاصر: أو الطفل أو الصبي أو الحدث على اختلاف المسميات يعدّ ممن يتحمل المسؤولية الجنائية وذلك على اختلاف الحالات فعلى سبيل المثال مخالفة الطفل عقد التبني تعرضه لعقوبة صارمة:" أما الطفل المتبنى فكان إنكاره لأمه أو أبيه المتبني يعرضه لعقوبة صارمة، وهذا يتجلى من خلال نصوص حمورابي التي تقضي بقطع لسانه وفقإ عينه وقد يـ ل م لة العبد"[3]، وامتد الأمر بذلك إلى القرون الوسطى ففي أوربا: " سنة 1629م شنق في انجلترا غلام في سن الثامنة لوضعه النار عمدا في محصولين زراعيين، لأنه على حد تعبير القاضي استخدم في جرمه الخبث والدهاء"[4].

---

[1]- انظر: هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 117، 119 وما بعدها: عبد السلام الترمانيني: محاضرات في القانون الروماني، ص 43.

[2] سورة الأنبياء الآية 66- 67

[3] دليلة فركوس: تاريخ النظم، 1/ 72.

[4] النص بالعربية نقلا عن علي عبد الواحد ص50: - Paul fauconnet : la responsabilité, étude de sociologie, p 37

"وفي القرن الثامن عشر أصدرت المحاكم الانجليزية حكما بالإعدام على غلام في سن الثامنة وعلى بنت في سن الثالثة عشر لجريمتي القتل والحريق ونفذ فيها هذا الحكم"[1]، وفي نفس الفترة حكم بالإعدام على طفل في سن العاشرة .

ورغم المحاولات التي تمت لتحديد سن معينة يصبح عندها القاصر إنسانا مسؤولا إلا أن ذلك لم يتم إلا بعد طول أمد، ففي "2 أبريل سنة 1906م ألقيت جميع النظم السابقة ، وقرر أن الطفل الذي لا يزيد سنه على الثالثة عشر غير مسؤول جنائيا عما يرتكبه من جرم، وأن جميع ما يقترفه قبل هذه السن لا يؤدي إلى أكثر من إجراءات تتعلق بالرعاية والقوامة والإصلاح"[3].

ثانيًا: المجنون: هو واحد من المسؤولين عن أفعاله وتصرفاته مثله مثل كامل العقل، وسواء أكان هو الجاني أم أحد أفراد عشيرة الجاني كما هو الحال في الجرائم العامة التي تذهب ضحيتها قبيلة بأسرها فلا خلاف بين الحالتين، كما قد تكون العقوبة بدية أم مالية كالغرامة.

وإذا كان الأمر يتعلق بالجرائم العادية فإن العقوبة أحيانا تكون الحرق أو تقطيع الجثث كأن تعلق الأمر بأحد الأبوين وإن كان غير ذلك السجن[4].

- Paul fauccennent : opcit p 36
- Paul fauccennent : opcit p 37

[1] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق ص 51.

[2] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق

[3] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق ص 10 - 11

[4] نفس المصدر السابق ص : 40-44

أما في القرون الوسطى فإن من كان به حالة جنون فذاك يعني أن روحا شريرة ما تسكنه وما العقوبة إلا تدبير إجراء لازم يوجب اتخاذه لإخراج الروح الشريرة منه.

الفرع الثاني: الميت: اعتمد نظام محاكمة الموتى ومعاقبتهم قديما وكان الميت يعتبر مسؤولا عن أفعاله الصادرة منه إبان حياته اما طريقة العقاب فهي:" حرمان الجثة من الدفن والطقوس الدينية، وقذفها خارج حدود الوطن، كما تنتقل العقوبة إلى كافة أفراد الأسرة التابع لها الـرم، حيث تـ ل بـم نفس عقوبته، أحياءا كانوا أو أمواتًا، فتنبش قبورهم وتقطع جثتهم، أو تطحن عظامها ويرمى بـا في البحر أو خارج الحدود[1]. وهو نفس ما ساد العصور الوسطى فقد:" ظلت محاكم فرنسا أثناء مرحلة طويلة في صدر هذه العصور تتخذ حيال الموتى إجراءات قضائية تنطوي على التسليم بأهلية الجثة لاحتمال المسؤولية الجنائية وما يترتب عليها من جزاء"[2].

ولكن بحلول سنة 1670م حصرت الجرائم التي تم بموجبها معاقبة الموتى ببعض الجرائم فقط.

ومهما يكن فإن عملية الحصر هذه لم تبلغ فكرة إلغاء معاقبة الموتى، كما أنـا لا تعد بالخطوة الهامة التي من شأنـا إحداث التغيير في مجال السياسة الجنائية.

الفرع الثالث: الحيوان والجماد:

أولاً: الحيوان: نصت العديد من القوانين القديمة على مسؤولية الحيوان عما يقترف وأشهر هاته القوانين الرومانية والعبرية وعليه فـ "إذا قتل حيوان

---

1 المصدر السابق ص 36-37

2 علي عبد الواحد الوافي: نفس المصدر السابق، ص 38 -39

إنسانا، كان لأسرة القتيل الحق في إقامة دعوى عليه (على الحيوان) أمام القضاء، ويختار أولياء الدم القضاة من المزارعين، ولهم أن يختاروا منهم أي يشاءون، وفي حالة ثبوت الجريمة على الحيوان أن يجب قتله قصاصا وإلقاء جثته خارج حدود البلاد"[1]

وفي القرون الوسطى:" كانت فرنسا أول أمة أوربية مسيحية أخذت في هذه العصور بمبدأ مسؤولية الحيوان ومعاقبته بجرمه أمام محاكم منظمة وبالطرق القانونية نفسها المتبعة في مقاضاة الإنسان"[2]، بل وقد حفظ لنا التاريخ أمثلة لمحاكمة الحيوانات " محاكمة الذئاب في زوريخ سنة 1442م، والخنازير في فالاز 1356م، والخيل في ديجون سنة 1639، والدببة في الغابة السوداء الألمانية سنة 1499، والصراصير في آرسن سنة 1565 والجردان في أوتيس سنة 1480م، والكلاب والحشرات"[3].

وقضية مساءلة الحيوانات وإن كانت تعتبر اليوم صفحة طويلة من سجل التاريخ القديم إلا أنا تدل: " أقطع دلالة على جدية هذه القضايا"[4].

ثانيًا: الجماد: هو الآخر في قائمة من يتحملون المسؤولية الجنائية فقد جاء:" إذا سقط جماد على إنسان فقتله، فمهما كان سبب السقوط سواء كان ناشئا عن فعل إنسان أو عن عامل طبيعي، فيختار في هذه الحالة أقرباء القتيل وأقرب الناس إليه، أحدا من جيران القتيل قاضيا ليحكم على الجماد بالقذف خارج الحدود"[5].

---

[1] النص بالعربية انظر: علي عبد الواحد ص19. Paul fauccennent : opcit, p 60, 61

[2] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق: ص 25.

[3] فريد الزغبي: الموسوعة الجزائية 1/ 297.

[4] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق ص 26.

[5] عبد السلام التنوجي : موانع المسؤولية الجنائية ص 15.

وقد كانت المحاكم في العصور الوسطى قد اعت[illegible]
يوحي ظاهرها بشيء من التنظيم والتطور كتسجيل القضايا وإيداعها في ملفات خاصة بها، إلا أن باطن هذا الإجراء كان على العكس من ذلك تماما و" ذلك أنها كانت تحكم بإبادة الملف الخاص بقضية قربان الإنسان للبهيمة، فكان يقذف بهذا الملف في نفس النار التي يلقي فيها بمرتكب الجرم وبالبهيمة، ومن ذلك أيضا أنها كانت تحكم بإبادة نسخ الكتب التي تصادرها الكنيسة أو بحرقها"[1] ومثله في ذلك كتب العلماء التي كثيرا ما أحرقت مع أصحابها إذا خالفت اكتشافاتهم العلمية تعاليم الكنيسة، والتاريخ الأوربي في قرونه الوسطى حافل بمثل هاته الأمثلة.

هذا ما كانت عليه المسؤولية الجنائية بالمعنى الكامل بمفهومها المادي، في الفكر القانوني الوضعي وفي هذا يقول عبد الواحد وافي:" بل إنهم لم يعثروا عليه في صورة مسؤولية جنائية بالمعنى الكامل لهذه الكلمة إلا في مجتمعات تعد من أرقى الشعوب حضارة، وأمجدها تاريخا، وأوسعها ثقافة وأعمقها أثرا في المدينة الحديثة: كقدماء العبريين واليونان والرومان والفرس والمسلمين[2] والأمم الأوربية الحديثة في أزهى مرحلة من مراحل نهضتها وهي المرحلة التي تمتد من القرن الثالث عشر إلى أوائل القرن التاسع عشر[3].

---

[1] علي عبد الواحد وافي: نفس المصدر السابق ص 18.

[2] لم يقف المسلمون على مثل هذا النوع من المسؤولية الجنائية في تراثهم الفكري أو نظامهم القانوني وسيتضح ذلك في موضع لاحق من هذا البحث وإن شاء الله تعالى.

[3] علي عبد الواحد وافي : نفس المصدر السابق، ص 12.

ومع أنّ المسؤولية خضعت لنوع من التطور كالتفريق بين الجرائم العمدية وغير العمدية وكالتفريق بين العمد والخطأ مِما ساعد على إقامة الفارق بين المسؤولية الجنائية والمدنية إلى حد ما.

ولكن مع هذا فقد ظل الأخذ بالمسؤولية الجنائية بمفهومها القديم قائما إلى عهد قريب جدا، محاولا في ذلك الفكر القانوني الوضعي وبمساهمة المدارس القانونية والأفكار التجديدية المنددة بضرورة التغيير والتطوير أن يبرز شيئا فشيئا قواعد المسؤولية الجنائية.

فهذه لمحة موجزة عما كان محل مسؤولية جنائية في الفكر القانوني الوضعي، وإن يكن فإن هذه اللمحة لم تكن لتعبر بأي شكل من الأشكال ولا حال من الأحوال عن التطور الدقيق الذي خضعت له الأمور منذ أمد بعيد، ويبقى الكلام عن المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الإسلامي وهل خضعت لهذه المتغيرات أم أنا ظهرت بظهور الإسلام، وهو ما سأتعرض له في المطلب الموالي من هذا البحث بحول الله تعالى.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية في الفكر القانوني الإسلامي

يمتاز النظام الجنائي الإسلامي في مجمله بالمرونة والانفراد فهو ليس امتدادًا لغيره من النظم والقوانين السابقة ولا أحكامه مستقاة من غيرها من الأحكام. فهو نظام يختلف جذريا عن باقي النظم، كما أن بناءه على قدر كبير من الدقة والأهمية، فمعالمه واضحة بينة وغاياته مسطرة لا تناقض فيها.

فهو قائم أساسا على حفظ المصالح ودرأ المفاسد إذ:" الحفظ لها يكون بأمرين : أحدهما ما يقيم أركانا ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتا من جانب الوجود والثاني ما يدرأ عنها الاختلال الواقع والمتوقع وذلك

عبارة عن مراعاتنا من جانب العدم"[1]. ونظاما بهذه الدقة لا يقر مبدأ المسؤولية الفردية لكل إنسان على حدة ولا سبيل للحديث عن المسؤولية الجماعية مصداقا لقوله جل وعلا: " **كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ**"[2].

كما أن الإسلام بين معالم كل من المسؤولية الجنائية والمدنية فلا مجال للخلط بين الخطأ والإهمال ولا بين العمد والخطأ.

كما حدد الشروط اللازم توفرها فيمن تتم مساءلته جنائيا فلا مجال للحديث عن المسؤولية الجنائية من دون توافر لشروطها: العقل، البلوغ، إذ انعدام أحدهما يمنع المساءلة والمحاسبة عنه.

فالعقل جعله الشرع مناط التكليف وقوة التفكير لقوله تعالى:**"أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا وَآذَانٌ يَسْمَعُونَ"**[3].

والبلوغ جعله الشرع علامة على القدرة البدنية التي من خلالها يمكن للإنسان تحمل الأعباء.

وإلى جانب اجتماع العقل والبلوغ أمر الإسلام وأعطى حرية الاختيار للإنسان البالغ العاقل[4] لانتقاء خير الأفعال وأفضلها تطابقا مع روح الإسلام، وأوامره ونواهيه وكل هاته الأمور مجتمعة تمثل الشروط الواجب توافرها في الإسلام للحكم بمسؤولية الإنسان.

---

[1] أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، 2/ 7

[2] سورة المدثرالآية38.

[3] سورة الحج الآية 46.

[4] وهذا يعني أن وجود المسؤولية الجنائية منوط بوجود الأهلية الجنائية المتمثلة في الصفة الإنسانية ويخرج بهذا كل من الحيوان والجماد لمزيد من التفاصيل انظر: إبراهيم فاضل يوسف: مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

وقد عبر الفقهاء والأصوليون عن هاته الشروط بالتكليف وعن المسؤول بالمكلف[1].

كما بينت السنة النبوية الشريفة في حديث للنبي صلى الله عليه وسلم عند اختلال أحد هذه الشروط أنه تمنع المسؤولية عن صاحبها لقوله عليه أزكى الصلاة وأتم التسليم: " رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"[2]، بمعنى رفعت المؤاخذة والمحاسبة عن الإنسان في مثل هاته الحالات.

ليلتقي هذا الحديث الشريف مع قوله تعالى في سورة الأحزاب**:" إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولا"**[3]، واضعين بذلك قواعد المسؤولية الجنائية أو تحمل التبعة موضحين بذلك الشروط الواجب توافرها فيمن يتحملها والأسباب المؤدية لامتناعها. وهذا إذا دل على شيء فإنما

---

[1] سيأتي بيان ذلك في المبحث الموالي بإذن الله تعالى.

[2] رواه ابن ماجه في السنن 685/1، (كتاب الطلاق باب طلاق المعتوه والصغير والنائم) رقم 2041. - ذكر ابن حجر في التخليص أنه مرسل وفي إسناده مقال وأنه روي من طريق مجاهد عن ابن عباس وإسناده ضعيف 96/3.

ورواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "أتى عمر رضي الله عنه بإمرة مجنونة حبلى فأراد أن يرجمها فقال له علي: أو ما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاث: عن المجنون حتى يعقل وعن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ فخلى عنها"، وقال روي هذا الحديث بإسناد صحيح عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في سفر فأدلج فتقطع الناس عليه فقال النبي ﷺ :"إنه رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يصح وعن الصبي حتى يحتلم" وذكر أن هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، 430/4.

[3] الآية 72- 73.

يدل على أن مبنى هذا النظام من وحي السماء لا من وضع البشر إذ لم يحتج إلى عصور غابرة من التطور البطيء، بل وجد بوجود الإسلام.

إن ما أوضحناه في هذا الجزء من البحث، ليدل دلالة قاطعة[1] على أن النظام الجنائي الإسلامي بأحكامه وقواعده قد وضع اللبنات الأولى والأساسية لنظرية المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي منذ اشراقة شمس الإسلام الأولى، وذلك عندما أقر مبدأ التكليف كمبدأ عام لا تقوم محاسبة الإنسان إلا على أساسه.

المبحث الثاني: مفهوم المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية في اللغة والاصطلاح

يعد مصطلح المسؤولية الجنائية مركبا وصفيا يتكون من كلمتين هما: "المسئولية" و"الجنائية" ولما كان بيان مفهوم المسؤولية الجنائية يستلزم إفراد كل كلمة من المركب بالبيان بدءا بلفظ "المسؤولية" ثم "الجنائية" وذلك ببيان المعنى اللغوي ثم الاصطلاحي لكل منهما على حدة وانتهاء ببيان معنى المرّكب الإضافي إجمالا فإن تقسيم هذا المطلب يكون كالتالي:

---

[1] يذكر غير واحد من المؤلفين بأن القس توما الاكويني هو أول من أصل ووضع القواعد للمسؤولية الجنائية، والحق أن هذا القول فيه من الفضاضة وكبير الإجحاف بحق التراث العلمي للمسلمين إذا علمنا بأن هذا الأخير قد اعتمد في تكوينه العلمي في أحد أديار أوربا على كتب العرب والمسلمين التي تمت ترجمتها إلى اللاتينية في فترة عرفت فيها أوربا حركة ترجمة واسعة النطاق بدأت تأخذ شكلها الرسمي بسقوط مدينة طليطلة سنة 1085م، والتي كانت تحوي على كنوز العرب والمسلمين العلمية والفكرية والأدبية، مما يعني اطلاعهم على المنجزات العلمية والفكرية للحضارة الإسلامية والنهل من منبعها العذب الصافي.

انظر: مجموعة من الأساتذة الجامعيين: تاريخ العلوم عن العرب، ص 27 وما بعدها، سعيد عبد الفتاح عاشور: تاريخ أوربا في العصور الوسطى ص 107: ميخائيل ضومط: توما الاكويني ص 9- 10- 22- 23- 25.

الفرع الأول: المسؤولية في اللغة والاصطلاح

أولا: المسؤولية في اللغة: ورد لفظ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ولسان العرب. فهو لفظ مأخوذ من مادة سَأَلَ، يقال، سَأَلَ، يَسْأَلُ، سُؤَالاً، ومنه قوله تبارك وتعالى: **" وَسَوْفَ تُسْأَلُونْ"**[1]، ومعناه سوف تسألون عن شكر ما خلق الله لكم من الشرف والذكر وقوله جل ثناؤه:**"وَقِفُوهُمْ إِنهُمْ مَسْؤُولُونَ"**[2]، أي أنّ سؤالهم سيكون سؤال توبيخ وتقرير الإيجاب الحجّة عليهم لأن الله جل ثناؤه عالم بأعمالهم، وقوله عزوجل:**" فَيَوْمَئِذٍ لاَ يُسْأَلُ عَنْ ذَنْبِهِ إِنْسٌ وَلاَ جَانٌ"**[3]، لأنه جل ثناؤه وتقدست أسماءه يعلم ما كان من أعمالهم فلا حاجة لسؤالهم، وقوله أيضا: **" وَلَتُسْئَلُنَ عَمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"**[4]، وقوله تعالى: **" تَا اللهَ لَتُسْئَلُنَ عَمَا كُنْتُمْ تَفْتَرُونَ"**[5]، وقوله أيضا "فَوَرَبكَ لَنسْأَلنهُمْ أَجْمَعِين، عَما كَانُوا يَعْمَلُونَ"[6].

ويقال سأل فلان عن فلان وسأله عن الشيء سؤالاً، وتساءلوا فيما بينهم بمعنى سأل بعضهم بعضا ورجل سؤلة أي كثير السّؤال، ويطلق السؤال للاستفسار كما في قوله تعالى: **"يسْأَلُونَكَ عَنِ الشهْرِ الحَرَامِ.."[7]**، وقوله: **"يسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلةِ..."**[1]، ويطلق السؤال في أحيان أخرى للتعريف بالمسؤول وتبيينه ومن هنا كان لفظ المسؤولية: أي مسؤولية الإنسان عن أفعاله وتصرفاته[2].

---

[1] سورة الزخرف الآية 43

[2] سورة الصافات الآية 24

[3] سورة الرحمان الآية 38

[4] سورة النحل الآية 93

[5] سورة النحل الآية 56

[6] سورة الحجر الآية 93

[7] سورة البقرة الآية 215

وفي السنة النبوية الشريفة عن ابن عمر رضي الله عنه[3] عن النبي ﷺ قال: " كلّكم راع وكلّكم مسؤول عن رعيته فالإمام الذي على النّاس راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم وعبد الرجُل راع على مال سّيده وهو مسؤول عنه ألا فكلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته"[4].

ثانيا: المسؤولية في الاصطلاح:

عرّفت المسؤولية اصطلاحا بتعاريف متعددة ومختلفة منها:

---

[1] سورة البقرة الآية 188.

[2] انظر: ابن منظور، الفيروز أبادي، لسان العرب، باب السين (مادة سأل) 2/ 133- 134 ، الجوهري: الصحاح:باب اللام فصل السين (مادة سأل) 5/ 1723، القاموس المحيط، باب اللام، فصل السين (مادة سأل)، ص 911، أبو البقاء الكليات، فصل السين ص 501.

[3] هو الصحابي عبد الله بن عمر بن الخطاب ولد سنة ثلاث من المبعث النبوي يكنى أبو عبد الرحمن، أسلم مع أبيه وهو بعد صبي لم يبلغ الحلم شهد الخندق والحديبية، يعد من كبار علماء الصحابة وأكثرهم رواية للحديث وأشدهم اقتداء بآثار النبي ﷺ قال عنه ﷺ"عبد الله رجل صالح" توفي بمكة سنة 73 هـ.

انظر : القرطبي، الاستيعاب 2/ 333- 338، ابن حجر العسقلاني: الإصابة: ج2/ 338-341، الذهبي، تذكرة الحفاظ 37/1 -39

[4] أخرجه: البخاري في الصحيح 104/8 {كتاب الأحكام، باب قوله تعالى:"أطيعوا الله وأطيعوا الرسول" ومسلم في الصحيح 1459/3 رقم: 1829 }{كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية، والنهي عن إدخال المشقة عليهم}، واللفظ للبخاري.

1- المسؤولية هي " الاستعداد الفطري الذي جبل الله تعالى عليه الإنسان ليصلح للقيام برعاية من كلفه به من أمور تتلق بدينه ودنياه فإن وفى ما عليه من الرعاية حصل له الثواب وإن كان غير ذلك حصل له العقاب"[1]

2- عرفت على أنا " حالة الشّخص الذي يرتكب أمرا يستحق مؤاخذته عليه..."[2]

3- "أهلية الشخص بأن يكون مطالبا شرعا بامتثال المأمورات واجتناب المنهيات، ومحاسبا عليها"[3].

4- "تحمل التزام أو جزاء قانوني معّين، نتيجة فعل أو تصّرف ُيرتب عليه القانون آثارا شرعية"[4].

هذه التعاريف على اختلاف ألفاظها وطريقة عرضها في تعريف المسؤولية الاصطلاحي إلا أننا نجد أن الثلاثة الأولى منها تشترك في بيان المعنى الاصطلاحي للمسؤولية على أساس أّنها صفة أو صلاحية في الإنسان وهي بذا البيان ترادف الأهلية في المفهوم.

والقائلين بذا هم أصحاب الرأي القائل بأن المسؤولية مرادفة في المعنى للأهلية.

ويعد هذا الاتجاه أحد الآراء التي تمثل طرفا في الا اع القائم بين مجموعة الآراء والاتجاهات المختلفة في تحديد مفهوم المسؤولية الاصطلاحي والذي نتج عنه أيضا اختلافا في تحديد مفهوم المسؤو[illegible]

بعد حين.

---

[1] انظر (منتديات التربية والتعليم) www.google.com.

[2] إبراهيم فاضل يوسف: مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد ص9.

[3] محمد الحليبي: المسؤولية الخلقية والجزاء عليها، ص 71.

[4] توفيق الشاوي: محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، ص21.

أما فيما يتعلق بالتعريف الأخير فهو ذو شقين: كون المسؤول ملتزم، وكون المسؤول محاسب.

وبعد عرض التعاريف الاصطلاحية تجدر الإشارة إلى أنّ إيجاد تعريف دقيق للمسؤولية عند الفقهاء المسلمين مصاغا صياغة كتلك التي عهدناها في تراثهم الفقهي يتعذر، إذ بالرّغم من أن علماء الإسلام قاطبة وعلى مضّي الزّمن قد أدركوا عمق معانيها وشعروا بثقل حِملها واستطاعوا أن يؤدوها حق أدائها إلا أنم قد وجهوا اهتمامهم صوبًا نحو الفحوى والمغزى أكثر من تحديد المعنى الذي ولا شك كان ظاهرا جليا والسبب في ذلك نرجئه إلى حين.

الفرع الثاني:

الجناية في اللّغة والاصطلاح:

أولاً- الجناية في اللغة:

- الجناية في اللّغة مأخوذة من مادة جنى، يقال: جنى الذنب عليه يجنيه جناية، بمعنى جرّه إليه[1]

- الجريمة في اللّغة مأخوذة من مادة جرم، يقال: جرم يجرم واجترم، ومعناه: الكسب، يقال: فلان جريمة أهله أو جريمة قومه بمعنى كاسبهم. وقد أطلق لفظ الكسب وخُص به كل كسب قبيح[2].

وقد جاء لفظ الجناية أو الجريمة في القرآن الكريم في مواضع عدّة منها قوله جل وعلا:" **إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ**"[3]، وقوله عزوجل:

---

[1] انظر: لسان العرب: باب الجيم (مادة جنى) 392/2 –294، الصحاح: باب الواو والياء، فصل الجيم (مادة جنى) 6/ 2305 – 2306، القاموس المحيط: باب الواو والياء فصل الجيم (مادة جنى) ص 1144.

[2] انظر: لسان العرب: باب الجيم (مادة جرم) 258/2، الصحاح: باب الميم، فصل الجيم (مادّة جرم) 5/ 1885، القاموس المحيط: باب الميم فصل الجيم (مادة جرم) ص 981.

[3] سورة المطففين الآية 29.

"**اليَوْمَ نَخْتِمُ عَلَى أفْوَاهِهِمْ وَتُكلمُنَا أيْدِيَهُمْ وَتَشْهَدُ أرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ**"[1]، وقوله جل ثناؤه: "**وَلَوْ يُؤَاخِذُ اللهُ الناسَ بِمَا كَسَبُوا مَا تَرَكَ عَلَى ظَهْرِهَا مِنْ دَابةٍ وَلَكِنْ يُؤخرُهُمُوا إلى أجَلٍ مُسَمى**"[2]. وقوله تبارك وتعالى: "**إن المُجْرِمِينَ فِي ضَلالٍ وَسُعُر**"[3]

وفي السنة النبوية الشريفة قوله ﷺ: "لا يجني عليك ولا تجني عليه"[4].

ومع أنّ كل من الجريمة والجناية يدّلان على معنى واحد من النّاحية اللّغوية إلاّ أنّ الفقهاء المسلمين نجدهم قد فرّقوا بين اللّفظان أثناء بيانهم للمعنى الاصطلاحي.

ثانيًا- الجناية في الاصطلاح الفقهي:

يشير الفقهاء إلى أنّ للجريمة تعريف عام وتعريف خاص.

تعريف عام يجعل منها مرادفة مع غيرها من المصطلحات التي تماثلها كالإثم والخطأ والخطيئة فإذا أطلقت الجريمة في هذا السّياق أريد بها كل مخالفة لأوامر الشرع ونواهيه.

تعريف خاص: ثم خصّ اسم الجريمة بما له علاقة بالمجال الجنائي أي بالمعاصي التي تقابلها عقوبات جنائية من حدود وقصاص وتعزير . وقد انحصر الرأي بين الفقهاء المسلمون فمنهم من أطلق عليها اسم الجريمة ومنهم من أطلق عليها

[1] سورة يس الآية 64.

[2] سورة فاطر الآية 46.

[3] سورة القمر الآية 4.

[4] رواه أبو داود في السنن، 4/ 168 رقم 4495 (كتاب الدّيات، باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه وأبيه)، ورواه النسائي في السنن 8/ 53، [كتاب القسامة باب: دية جنين المرأة].

[5] أبو زهرة: الجريمة ص 21 وما بعدها.

اسم الجناية. وعلى هذا الأساس عرف الماوردي[1] الجريمة بأنا :" محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير"[2]، وعرّفها صاحب الفتاوى الهندية بقوله: " الجناية هي في الشرع اسم لفعل محرّم سواء كان في مال أو نفس"[3]، والسبب في اختلاف الفقهاء المسلمين في الاستعمال أنّ منهم من خصّ لفظ الجناية على النفس والعضو فقط، وأنّ منهم من خص لفظ الجريمة على جرائم الحدود والقصاص فقط.

والحق أنه لا فرق بين الجناية والجريمة من حيث المدلول ودليل ذلك أن كلاهما وصف لفعل محظور شرعا يقابل ارتكابه جزاءًا جنائيًا متمثل في العقوبة المقررة له.

ثالثًا: الجناية في الاصطلاح القانوني :

لم يرد في التشريع الجنائي الجزائري سواء في قانون العقوبات أو في قانون الإجراءات الجزائية تعريفا للجريمة، وهو شأن العديد من المسائل التي لم يضع التشريع تعريفاً لها.

وبناء على ذلك سأعتمد على بيان تعريف الجريمة من خلال ما جاء به شراح القانون الجنائي الجزائري معتمدة في ذلك على تعريف عبد الله سليمان، فقد

---

[1] هو علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، شافعي المذهب، فقيه بارع، من مؤلفاته:الحاوي، أدب الدنيا والدين، الأحكام السلطانية، توفي سنة 450هـ له من العمر 86 سنة. أنظر السبكي: طبقات الشافعية الكبرى: 267/5-270؛ ابن حجر العسقلاني: لسان الميزان: 380/1-386؛ ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب 285/3-287.

[2] الأحكام السلطانية: ص 361.

[3] الشيخ النّظام: 2/6.

عرف الجريمة بقوله هي:" كل سلوك يمكن إسناده إلى فاعله يضر أو يهدد بالخطر مصلحة محمية بجزاء جنائي" [1]

فالجريمة في القانون الجنائي الجزائري هي كل سلوك أو فعل جرمه القانون الجنائي ورتب له عقوبات محددة أيا كانت درجة هذا الفعل.

أما المقصود بالجناية في التشريع الجنائي الجزائري فيختلف عما هو الشأن في الفقه الإسلامي، فالجناية في التشريع الجزائري يطلق على القسم الأول والقسم الجسيم من أنواع الجرائم فقد نصت المادة 27 من قانون العقوبات الجزائري بمايلي: "تقسم الجرائم تبعا لخطورتا إلى جنايات وجنح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنايات أو الجنح أو المخالفات".

وعلى هذا الأساس تكون الجسامة هي معيار تقسيم الجرائم ومعيار تحديد العقوبة اللازمة في القانون الجنائي الجزائري، وإطلاق اسم المسؤولية الجنائية أو الجزائية ماهو إلا وصف يبرز نوع المسؤولية القائمة وقتئذ، إذ المسؤولية أنواع: مدنية، جنائية، إدارية، وغيرها، وما يختص يعالج هذا البحث المسؤولية الجنائية أو الجزائية، ويلاحظ أنّ ما تم التعرض له في هذا البحث مما تناوله قانون العقوبات تحت عنون " لا عقوبة..."، ذلك أنّ الحديث عن المسؤولية

الجنائية يدرج تحته محاور ثلاث: أسباب التبرير، موانع العقاب، الأعذار المخففة، و ما تضمنه هذا البحث بين دفتيه يصنفه أهل القانون ضمن محور موانع العقاب وإن كنّا نجد أن من المسائل المدرجة ضمن موانع العقاب ما لها علاقة محور أسباب التبرير على ما سيتضّح لاحقًا.

---

[1] شرح قانون العقوبات الجزائري: - القسم العام- 59/1.

المطلب الثاني : تعريف المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون:

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي

نتيجة لما سبق ذكره كانت مسؤولية الإنسان عما يقترفه من جرائم أشد أنواع هذه المسؤوليات إذ بمقتضاها كما يقول سيد قطب تتحدد جسامة التبعة وذلك تبعا لضخامة الأمانة[1].

وعليه فقد عرفت المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي: " أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختارا وهو مدركا لمعانيها ونتائجها".[2]

والمتأمل لهذا التعريف يجد أنه لم يقتصر على بيان مفهومها بل تعدّاه إلى بيان القوام الذي تعتمد عليه في ثبوتا والشروط الواجب توافرها في المسؤول.

الفرع الثاني: تعريف المسؤولية الجنائية في القانون

لم يورد قانون العقوبات الجزائري ولا قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تعريفا يبين مفهوم المسؤولية الجنائية.

ولا يقتصر الأمر على مفهوم المسؤولية الجنائية وحدها بل الأمر يتعدى لمفاهيم أخرى متعلقة بموضوع هذا البحث على ما سيتضح لاحقا، تاركا المقنن

بذلك مهمة تحديد المفاهيم لشراح القانون من أ

أحدث المستجدات والتطورات على الساحة القانونية.

وبناء على ذلك فقد عرف رضا فرج المسؤولية الجنائية بأنا:"أهلية الجاني في أن يكون مسؤولا جنائيا"[1]

---

[1] انظر: سيد قطب: في ظلال القرآن، 22 / 2885.

[2] عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، 392/1.

غير أن هذا التعريف –برأي- لا يقوم على تحديد وبيان مفهوم المسؤولية الجنائية بل يقرر الأساس الذي تقوم عليه هذه الأخيرة وهي الأهلية الجنائية، وهذا الرأي هو ما يعتمده فريق من شراح القانون الجنائي، ولي عودة إلى هذه النقطة عند الحديث عن أساس المسؤولية الجنائية.

وعرف عبد الله سليمان المسؤولية الجنائية بأنا:" تحمل الشخص تبعة عمله الـرم بخضوعه للجزاء المقرّر لفعله في قانون العقوبات"[2].

المطلب الثالث: مصطلح المسؤولية والألفاظ ذات الصلة به:

من الواضح أن كتب الفقهاء المسلمين القدامى لا تحوي في ثنايا سطورها على مصطلح المسؤولية الجنائية ولا يعود السبب في ذلك لجهلهم با وهي أحد المبادئ والنظريات التي تقوم عليها السياسة الجنائية في الإسلام، بل إن السبب في ذلك يعود أساسا إلى اختلاف المصطلحات المستعملة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بشكل عام.

وبناء على هذا الاختلاف في استعمال المصطلحات ينتج الاختلاف في إطلاق التسمية والذي يدعو إلى طرح تساؤل:

- ما هو المصطلح الذي جرى استعماله في الفقه الإسلامي إذا اعتبرنا أن مصطلح المسؤولية الجنائية مصطلح قانوني معاصر ؟

ذهب فريق من فقهاء الإسلام المعاصرين إلى القول بأن تحمل التبعة هو الاصطلاح الجاري استعماله في الفقه الإسلامي، وهذا ما ذكره أبو زهرة بقوله:" تحمل التبعة هو ما يسمى في لغة القانون بالمسؤولية الجنائية"[3]. وهو ما يمكن التماسه أيضا من خلال تعريف عبد القادر عودة السابق ذكره، وإن

---

[1] شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام 361

[2] شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام- 263/1.

[3] الجريمة : ص 366.

أطلق عليها اسم المسؤولية الجنائية أسوة بما هو عليه العمل في الـال القانوني، وقد تبنى هذا الرأي العديد من المؤلفين المعاصرين[1]، وأذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر: محمود نجيب حسني الذي عنون للجزء المخصص للحديث عن المسؤولية الجنائية بـ "النظرية العامة للتبعة أو المسؤولية الجنائية"[2].

وما ورد أيضا في كتاب قواعد المسؤولية الجنائية استعمال لمصطلح تحمل التبعة خاصة في مواطن المقارنة بالشريعة الإسلامية وأذكر على سبيل المثال قوله:"فلقد تدارس فقهاء الشريعة الإسلامية الأساس في تحمل التبعة، وانقسموا في هذا إلى ثلاثة مذاهب..."[3]، وهو نفس ما ورد أيضا في كتاب النظرية العامة للأهلية الجنائية في غير موضع وأذكر على سبيل المثال قوله عند الحديث عن الأهلية الجنائية في الفقه الإسلامي:"...وبمعنى أدَق حول أساس تحمل التبعة أو المسؤولية الجنائية"[4].

وعلى اعتبار أن تحمل التبعة هو المصطلح الوارد استعماله في الفقه الإسلامي فما هي اطلاقاته اللغوية وما مدى وروده في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

الفرع الأول: مفهوم تحمّل التبعة اللغوي:

---

[1] غير أن ما أتى على ذكره عبد الفتاح مصطفى الصيفي في هامش مؤلفه يوحي من أنه لا يرجح هذه التسمية، انظر: الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 440.

[2] شرح قانون العقوبات اللبناني – القسم العام – ص 459.

[3] حسن صادق المرصفاوي، ص 44.

[4] علي عادل يحيى قرني علي: ص 101 – 102.

قبل تعريف التبعة لابد من معرفة أجزائها التركيبية إذ هي مركبة من كلمتين هما:"تحمل" و"التبعة" فوجب الوقوف على معنى كل منهما:

أولاً- تحمل في **اللغة:** مأخوذة من فعل حمل يقال حَمَلَ الشَيْءُ يَحْمِلُه حِمْلاً وحُملاَنًا، وحملت الشيء على ظهري أحِملُه حملاً ، وقد ورد اللفظ في القرآن الكريم بمعنى الإثم والوزر في مواضع عدة أذكر منها قوله تعالى:" **مَنْ أعْرَضَ عَنْهُ فَإنهُ يَحْمِلُ يَوْمَ القِيَامَةِ وِزْرًا خَالِدِينَ فِيهِ وَسَاءَالَهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ حِمْلاً**"[1]، وقوله تبارك وتعالى**:" إنا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السمَوَاتِ وَالأَرْض وَالجِبَال فَأبَيْنَ أنْ يَحْمِلْنَهَا وَأشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الانْسَانُ إنهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً"**[2]، ومعناه أن كل من خان الأمانة بعدم الامتثال لما جاء به الشرع يعد حاملا لها، ومنه أيضا قوله تبارك وتعالى:" **وَلَيَحْمِلُن أثْقَالَهُمْ**"[3] وقوله عزوجل**:" وَإنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إلَى حَمْلِهَا لا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْء وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى"**[4]، ولهذا فإن كل من أثم يسمى حاملا للإثم[5].

ثانيًا- التبعة في **اللغة:** مأخوذة من مادة تبع يقال تبع الشيء تطلبه متبعا له، أي مقتفيا أثره، قال تعالى:" **فأتبعهم فرعون بجنوده**"[6]، ومنه التِباعة بالكسر وفي هذا يقول الشاعر:

أكلت حنيفة ربا زمن التقحم والـاعة   لم يحذروا من ربهم سوء العواقب والتباعة

ومثلها التبعة وتطلق على ما فيه إثم يتبع به[1].

---

[1] سورة طه الآية 100.

[2] سورة الأحزاب الآية 72.

[3] سورة العنكبوت الآية 13.

[4] سورة فاطر الآية 18.

[5] انظر: لسان العرب: باب الحاء (مادة حمل)- 331/2، الصحاح: باب اللام، فصل الحاء: (مادة حمل)4/ 1676- 1678، القاموس المحيط: باب اللام، فصل الحاء ص

[6] سورة طه الآية 77.

الفرع الثاني: مفهوم التكليف وشروط المكلّف

لا يعد مصطلح تحمل التبعة المصطلح الوحيد الذي استخدمه الفقه الجنائي الإسلامي للدلالة على المسؤولية الجنائية (بلغة العصر) بل ثمة مصطلح آخر كثيرًا ما تداولته كتب الأصوليين وعنت المباحث الأصولية بتفصيله وبيانه، وبمناسبة الكلام عن التكليف فما المقصود من التكليف ومن هو المكلف؟.

أولاً: مفهوم التكليف

- **التكليف** في **اللغة:** مأخوذة من كلف، يقال كَلَّفَهُ تكليفًا، أي أمره بما يشق عليه، وَتَكَلَّفَت الشيء تجشمته على مشقة، والجمع التكاليف أي المشاق، قال الشاعر:

يكلّفه لقوم بما شابهم وإن كان أصغرهم مولدًا[2]

2- التكليف في **الاصطلاح الأصولي:** هو "الخطاب بأمر أو نهي"[3].

وبمناسبة الحديث عن التكليف فمن هو المكلف وما الشروط الواجب توافرها فيه؟

ثانياً: شروط المكلّف:

---

[1] انظر لسان العرب: باب التاء-(مادة تبع)- 13/2، الصحاح: باب العين، فصل التاء (مادة تبع) 1189/3-1190، القاموس المحيط: باب العين، فصل التاء، (مادة تبع)، ص 635..

[2] انظر: لسان العرب، باب الكاف،(مادة كلف) 141/12: الصحاح: باب الفاء فصل الكاف (مادة كلف).1423/4- 1424، القاموس المحيط: باب الفاء، فصل الكاف ص 765.(مادة كلف).

[3] ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه 1 /48.

المكلف: هو ما يعبر عنه الأصوليون بلفظ المحكوم عليه، وهو من توفرت فيه الشروط التالية:

1- **الفهم:** اشترط الأصوليون في المكلّف الفهم[1]، وهو معنى قولهم:" فهم المكلف شرط التكليف عندنا"[2]، ومعناه أن يكون بإمكان المكلف فهم ما جاء به خطاب الشارع الحكيم قادرا على استيعاب ما تضمنه من قواعد آمرة وأخرى ناهية، مدركًا الحكمة التي من أجلها شُرعَ الخطاب والمتمثلة في إتيان المأمورات طاعة له ورغبة في ثوابه، واجتنابا للمنهيات خوفا منه ومن عقابه. غير أن هذا الشرط ما كان ليكتمل من دون وجود العقل، فالعقل كما قال العلماء:"من أعز النعم لأن الإنسان يمتاز به على سائر الحيوانات وهو آلة لمعرفة الصانع التي هي أعظم النعم وأعلاها لمعرفة مصالح الدين والدنيا"[3].
إذ بالعقل الفهم والإدراك ولهذا كان الإدراك مرتبطا بالعقل وجودًا وعدمًا، وبما أن العقل من الأمور الخفية التي لا تدرك جعل البلوغ أمارة عليه، فمتى بلغ الإنسان كان ذلك دليلا على كمال عقله ودخوله تحت خطاب التكليف.

2- **الأهلية:** أن يكون الشخص أهل لما كلف به[4]، والمقصود بالأهلية صلاحية الإنسان لأن يكون مكلفا[1].

---

[1] انظر: ابن همام الحنفي: التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية ص 264 وما بعدها؛ أبي حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، 1/88-84: عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار، 327/4.

[2] نظام الدين الأنصاري: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه لعبد الشكور 1/ 143.

[3] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق، 4/ 327.

[4] انظر: الكمال بن الهمام: المصدر السابق ص 267: أبي حامد الغزالي: المصدر السابق 83/1-84، عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 355/4، ابن عبد الشكور: المصدر السابق 156/1.

وإن كان يلاحظ أنه قد غلب استعمال مصطلح المسؤولية الجنائية في هذا البحث، فليس إهمالا لمصطلح تحمل التبعة بل على العكس من ذلك تماما فهو يعد الأكثر دقة والأكثر تناسبا مع مضمون هذا البحث[1] ولكن لأن الأول هو الأكثر شيوعا واستعمال لدى المعاصرين.

---

[1] سأتعرض لهذه المسألة بالتفصيل في موضع لاحق من هذا البحث إنشاء الله تعالى.

الفصل الأول:

قوام المسؤولية الجنائية وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : قوام المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الثاني: شروط المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون.

لمبحث الأول: قوام المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون:

كثيرا ما ارتبط بحث الأهلية عند الفقهاء المسلمين بجانب المعاملات والتصرفات المالية وليس القول بذا إهمالهم لجانب الجنايات، بل لأن مجال الأهلية في جانب التصرفات المالية يظهر أوسع من جانب الجنايات، والسبب في ذلك تعلق الجانب المالي بالذمة الإنسانية ، وهي ثابتة للإنسان منذ مولده تصاحبه عبر مراحل نموه.

عكس جانب الجنايات الذي يتعلق بأقصى مراحلها وأكملها نموا وتطورا وقد مثلت الأهلية الجنائية عبر تاريخ التشريع الإسلامي روح وجوهر المسؤولية الجنائية وقوامها، وهو أمر وان اهتدى إليه القانون الجنائي الوضعي الحالي بصفة عامة والجنائي الجزائري بصفة خاصة إلا أن ذلك كان بعد طول أمد. فإذا كانت الأهلية الجنائية[1] في الفقه الإسلامي قد اعتبرت مجالا خصبا للحديث

[1] استعمل فقهاء المسلمون لفظ أهلية العقوبة، وان كنت قد اخترت التعبير بلفظ الأهلية الجنائية فلأنه الجاري استعماله لدى المعاصرين وقد استعمله عبد الفتاح مصطفى الصيفي في كتابه الأحكام

والتأليف بالنسبة للفقهاء المسلمين، حتى أخرجوا مضامينها وفصلوا وأظهروا أحكامها، فإن الأهلية الجنائية في القانون الجنائي الوضعي لم تحظ بهذا الشرف من البيان والتفصيل، بل إننا لم تعرف كقوام للمسؤولية الجنائية إلا في العصر الحديث، إلى جانب ذلك فقد اتسم بيان مفهومها وتحديد طبيعتها بجدل كبير ونقاش حاد بين المدارس القانونية الوضعية.

وعليه ستكون الخطوة الموالية من هذا البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الأهلية الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي وأنواعها:

الفرع الأول: مفهوم الأهلية الجنائية:

أولاً: الأهلية في اللغة: مأخوذة من مادة أَهل، يقال: أهل الدار، وأهل الرجل وأَهَلَهُ لذلك تَأْهِيلاً، أي أَعَدَهُ لذلك، ومنه فلان أهل لهذا الأمر أي جدير به[1].

ثانيًا: الأهلية في الإصطلاح: استخدم هذا المعنى اللغوي للأهلية فكان التعريف الفقهي لها بمايلي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله مَحَلاً صالحاً لخطاب تشريعي"[2].

فالأهلية عبارة عن صفة معنوية جعلها الله تبارك وتعالى في بني البشر بتقدير منه وهو ما أشار إليه القرآن الكريم بقوله تعالى:" **إنا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلى السمَوَاتِ وَالأَرْضَ وَالجِبَالَ فَأَبْينَ أَنْ يحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا**

العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون ص 439 وما بعدها، وعادل يحيى قرني علي في كتانه النظرية العامة للأهلية الجنائية ص 3 وما بعدها.

[1] انظر: لسان العرب: باب الهمزة (مادة أهل) 1/253-254؛ الصحاح: باب اللاّم، فصل الهمزة (مادة أهل) 4/1628؛ القاموس: باب اللاّم، فصل الهمزة (مادة أهل) ص 867.

[2] مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام 2/736.

الإنسَانُ إنهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً"[1]، وقوله عزوجل :"**وَإذَ أَخَذَ رَبكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظَهُورِهِمْ ذُرياتمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنفُسِهِمُ أَلَسْتُ بِربِكُمْ...**"[2]
والأهلية الجنائية بهذا المفهوم (أي الذي تُثْبِتُ للإنسان مسئوليته) لا تثبت
دفعة واحدة منذ مولده، بل إن ثبوتا يكون تدريجيا وهذا التدرج يتماشى
جنبا إلى جنب مع المراحل التي يمر بها الإنسان في حياته، وهي في مطلق

الأحوال نوعان كما قال أبو زهرة:" الأهلية التي تثبت بمقتضى الإنسانية والأهلية التي تثبت أثرا للعقل"[3]، ويقصد بالأولى أهلية الوجوب والتي يكون مناطها الذمة الإنسانية، أما الثانية فأهلية الأدا[illegible]
والبلوغ.

الفرع الثاني: أنواع الأهلية الجنائية

أولاً: أهلية الوجوب: عرفها بعضهم بأنها:" صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"[4] وهذه الأهلية ثابتة للإنسان منذ مولده وحتى وفاته بغض النظر عن المراحل التي يمر بها وعن الأحوال التي قد تعتريه فلا يعدم أهلية الوجوب إلا الموت.

وقد جعل ثبوت أهلية الوجوب منوطا بوجود الذمة الإنسانية التي خصها الله تبارك وتعالى في الإنسان لذا يقول العلماء:" اختص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة"[5]

---

[1] سورة الأحزاب الآية 72
[2] سورة الأعراف الآية 172.
[3] أبو زهرة: أصول الفقه ص 329.
[4] عبد العزيز البخاري: 335/4.
[5] نفس المصدر السابق 335/4

وبناءا على اعتمادها في ثبوتها على الذمة الإنسانية فإن هذه الأخيرة لم توجد بشكل كامل في الإنسان مرة واحدة، بل قد صاحبته منذ أولى مراحل خلقه من نقصان إلى كمال.

أ- **أهلية الوجوب الناقصة:** وهي صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له، وتتعلق أهلية الوجوب الناقصة بالإنسان وهو في أولى مراحل تكوينه وخلقه ألا وهي مرحلة الاجتنان. وبما أن الإنسان وهو في هذه المرحلة لم يزل تابعا لأمه وحياته لم تتأكد بعد بسبب عدم انفصاله واستقلاليته عنها فان تحقق الحياة من عدمها هو ما يضفي صفة النقص على أهليته.

ب- أهلية الوجوب الكاملة: وهي صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وتثبت بمجرد ولادة الإنسان حيا وتستمر معه حتى الوفاة ومناطها الذمة الإنسانية، لذا كانت ثابتة للصبي غير المميز والمجنون وإن كان بالغا[1].

ثانيا: أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لتعلق الخطاب الجنائي به بحيث يكون كل ما يصدر عنه من مخالفات تصح مجازاته عنها شرعا، ولما كان هذا النوع من الأهلية يجعل الشخص مسؤولا عن كل ما يصدر عنه كان لابد لثبوتها من العقل والبلوغ.

وبما أن العقل ينمو ويتدرج تبعا لنمو الجسم وتدرجه، فلاشك أن أهلية الأداء تتدرج من نقصان إلى كمال هي الأخرى.

أ-أهلية الأداء الناقصة: وهي:"صلاحية الإنسان لصدور بعض الأقوال والأفعال على وجه يعتدُ بها شرعا"[2]، وتتبنى هذه الأهلية على التمييز وقد حدد العلماء مرحلتها بسن السابعة إلى سن البلوغ.

---

[1] انظر: عبد العزيز البخاري المصدر السابق 335/4، سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح 339/2- 340، محمد الزحيلي: النظريات الفقهية ص 133- 137- 138.

[2] الكبيسي: الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ص100.

ب- أهلية الأداء الكاملة: وهي الصلاحية للتكليف –أو المسؤولية الجنائية- والتزام مقتضاه فعلا أو تركا والتزام العقوبة التي توقع كجزاء على مخالفته[1] ويعني صلاحية الإنسان لتعلق الخطاب الجنائي به حيث يكون كل ما يصدر عنه من مخالفات تصّح مجازاته عنها شرعا، وبما أن الخطاب الجنائي يستلزم ممن يتلقاه القدرة على الفهم إلى جانب القدرة على القيام به، وبما

أنه شرط ينتفي وجوده فيما عدا البالغ العاقل، فان المشرع جعل مناط أهلية الأداء العقل والبلوغ، وبثبوتا يصبح الإنسان أهلا للتكليف وتحمل التبعات.

يتفق الأصوليون على أن تطور الأهلية يساير التطور الجسمي والعقلي لدى الإنسان، فلا مجال للحديث عن أهلية الشخص للتكليف أو المسؤولية إلا من خلال الحديث عن مستوى قدرته العقلية من إدراك ومن ثم قدرته على الاختيار بين الأفعال بتفضيل بعض منها على بعض وتوجيه الإرادة وفق هذا الاختيار والتي هي في نفس الوقت تمثل شرطا المسؤولية الجنائية: الإدراك وحرية الاختيار.

ولكن قبل البحث فيهما لابد من التعرض للحديث عن الأهلية الجنائية في الفقه الجنائي الجزائري.

المطلب الثاني: مفهوم الأهلية الجنائية في القانون ومراحلها

الفرع الأول: مفهوم الأهلية الجنائية:

لم َيرِد في قانون العقوبات الجزائري تعريف محدد للأهلية الجنائية وهو شأن العديد من المصطلحات التي لم ترد في التشريع نص بتحديد مفهومها والسبب

---

[1] عادل يحيى قرني علي: نفس المصدر السابق ص100.

في ذلك هو تولي شراح القانون مهمة وضع تعاريف للمصطلحات تواكب التطّور والمستجدّات.

وعليه فقد عرفت الأهلية الجنائية بأنا:"مجموعة الصفات الشخصية (من عوامل ذهنية ونفسية) اللازم توفرها في الشخص حتى يمكننا أن ننسب إليه الواقعة الإجرامية التي اقترفها عن إدراك وإرادة"[1]، أي أن الجاني لابد له من صلاحية معتبرة قانونا حتى يمكن إسناد الفعل إليه وتحميله مسؤولية ما ارتكب.

وعلى حد اعتبار الأهلية الجنائية، الصفة المعبرة قانونا، التي لا وجود لها إلا بتوافر شرطين: الإدراك والاختيار فان هذا يدل على أن الأهلية الجنائية تمثل قوام المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي الجزائري.

ويلاحظ أن ما أورده شراح القانون من خلال هذا التعريف لا يختلف عما جاء به الفقه الإسلامي عندما اعتبر الأهلية صفة أو صلاحية في الشخص بموجبها يتحمل تبعة أفعاله. إلا أن الخلاف يكمن في أن القانون الجنائي الجزائري لم يعرف تقسيم الأهلية الجنائية كذاك الذي عرفها الفقه الإسلامي حيث قُسمت إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وإذا كنا نجد هذا النوع من التقسيم في القانون المدني عندما قسم الأهلية المدنية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء[2].

ومع أن لتقسيم الأهلية الجنائية إلى وجوب وأداء من الناحية العلمية أهمية كبرى، إذ المراحل التي يمر با الإنسان في حياته وتحديد مدتا مرحلة تلو الأخرى يساعد على معرفة ما تستلزمه كل مرحلة من حقوق وما يترتب عليها من التزامات وما تنبني عليها من أحكام.

---

[1] عبد الله سليمان : 298/1.

[2] انظر: ابتسام الفراح: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ص 43.

إلا أنه بالرغم من ذلك فإن هاته المراحل لم تولى بالعناية والبيان والتفصيل واكتفى قانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري بالإشارة إليها من خلال ثلاث مراحل تولى شراح القانون بيانها.

الفرع الثاني: مراحل الأهلية الجنائية:

المرحلة الأولى: مرحلة انعدام الأهلية وحددت مدتها من وقت الولادة إلى سن الثالثة عشر.

المرحلة الثانية: مرحلة الأهلية الجنائية الناقصة وحددت مدتها من بين الثالثة عشر إلى سن الثامنة عشر.

المرحلة الثالثة: مرحلة الأهلية الجنائية الكاملة والتي يعد فيها الإنسان في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري أهلا للمسؤولية الجنائية عند بلوغه السن القانونية التي ينص عليها القانون في تمام الثامنة عشر سنة، وسأتعرض لكل هذا تفصيلا في موضع لاحق إنشاء الله[1].

والحديث عن مفهوم الأهلية الجنائية ينجر عنه كلام عن المكانة التي تحتلها في القانون الجنائي الجزائري. وهي مسألة تعترض بحث موضوع الأهلية الجنائية في القانون الجنائي الوضعي عموما مما جعلها محل خلاف تباينت بشأنها الآراء؛ ولأهمية هاته المسألة فإنني سأتعرض لبيان موقف شراح القانون الجنائي الجزائري بالخصوص والمكانة التي تحتلها فيه إلى جانب بيان لموقف الفقه الإسلامي منها كما يلي:

المطلب الثالث: مكانة الأهلية الجنائية في القانون وموقف الفقه الإسلامي منها:

---

[1] انظر: ص 138

الفرع الأول: مكانة الأهلية الجنائية في القانون:

إن الحديث عن الأهلية الجنائية يقتضي الضرورة الحديث عن المكانة التي تحتلها في القانون الجنائي الجزائري[1]. ومع أن القانون الجنائي الجزائري قد اعتبر الأهلية الجنائية قوام المسؤولية الجنائية بحيث لا يسأل إلا من كان أهلا لما يسأل عنه وإلا فلن تصح مساءلته إلا أنّ مجال بحثها بالنسبة لشراح القانون الجنائي الجزائري كان ضمن بحثهم لمحور الجريمة تحديدا في الركن المعنوي أحد أعمدة بنيان الجريمة.

إذ يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الركن المعنوي هو أحد أركان الأهلية للمسؤولية الجنائية، لأن الركن المعنوي يمثل الجانب النفسي للمسؤولية الجنائية بالإضافة إلى أنه يكشف عن الموقف النفسي للجاني اتجاه ماديات

---

[1] يعرض بحث الأهلية الجنائية في القانون الجنائي الوضعي إشكالية تحديد المكانة التي تحتلها بين محوري الفعل "الجريمة" والفاعل "المجرم" فبينما يرى بعض شراح القانون وجوب بحثها في محور الجريمة واعتبارها عنصر في الركن المعنوي.يذهب البعض الآخر إلى القول بوجوب بحثها في محور المجرم أو المسؤولية الجنائية إذ يعتبر أنصار هذا الرأي أن الأهلية الجنائية شرط ضروري للمسؤولية الجنائية وقوامها، فهي

تعبير عن مدى الصلاحية للمسؤولية الجنائية، بينما يبحث الركن المعنوي في العوامل الباطنية التي تكمن في النفس الإنسانية والتي تكشف عن مدى صلتها بعوامل خارجية ظاهرة وهي ماديات الجريمة ومن هذه النقطة يكمن الفارق بينهما فالركن المعنوي يتعلق بأمور غير شرعية تكون في الجريمة بينما الأهلية الجنائية تتعلق بشخص الجاني بدليل أن عديم الأهلية الجنائية يتوافر فعله على الركن المعنوي والقول بما قاله الفريق الأول ينفي وصف الجريمة عن فعله وهذا ما يتناقض مع ما جاءت به القوانين الوضعية انظر : أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات –القسم العام- ص345 –346، عوض محمد: قانون العقوبات-القسم العام- ص 201 وما بعدها، عادل يحيى قرني علي: نفس المصدر السابق ص 214. فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات-القسم العام- ص 433 وما بعدها.

الجريمة من خلال بحث سلوك إرادة الجاني واتجاهها ومدى تأثيرها في إحداث النتيجة.

كما أنه لا مجال للحديث عن إرادة الجاني التي يشترطها القانون الجنائي للحكم بالعصيان مالم تتوفر في هذه الإرادة الإدراك "التمييز" وحرية الاختيار، ومع أن هذا القول يؤدي بهم إلى عدم اعتداء القانون الجنائي بفعل الصبي الحدث والمجنون لانعدام الإرادة التي يشترطها القانون في ظل انعدام الأهلية الجنائية[1]. إلا أنهم يقرّون بوصف اللامشروعية لفعل فاقد الأهلية مع ذلك.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الأهلية الجنائية:

جدير بالقول أن الأهلية الجنائية في الفقه الإسلامي قد احتلت حيزا كبيرا من الاهتمام والعناية من طرف فقهاء المسلمين.

إذ لاشك أن الحديث عن المكانة التي تحتلها هذه الأخيرة بالنسبة لموضوع كموضوع تحمل التبعة يعد جزءا مهما يندرج ضمن الحديث عن النظام الجنائي الإسلامي، ومع أن هذه المسألة أحكامها متناثرة في كتب الفقه والأصول ضمن مباحث المحكوم عليه، إلا أن فقهاء الإسلام المعاصرين قد عنوا بجمع شتاتها وإخراجها من مضانها وإعطائها قالبا عصريا لتكون حلا لمعضلة يتخبط فيها القانون الوضعي عموما وقبل إعطاء رأي الفقه الإسلامي بموقع أو مكانة الأهلية التي تحتلها فيه أعرض جملة من آراء فقهاء الإسلام المعاصرين بالخصوص:

---

[1] انظر: رضا فرج: نفس المصدر السابق، ص 359 وما بعدها، عبد الفتاح خضر: الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، ص254: سامي النصراوي: نفس المصدر السابق، ص 153 وما بعدها: عادل يحيى قرني علي: نفس المصدر السابق ص 245 وما بعدها.

اتفق كل من الأستاذ عبد القادر عودة وأبو زهرة وعبد الفتاح خضر على قول واحد بخصوص هاته المسألة فقد تعرض كل واحد منهم لمحور الأهلية الجنائية ضمن ركن العصيان أو الركن المعنوي.

ففيما يتعلق بعبد القادر عودة يقول: "...وإذا وجد سبب المسؤولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطاها وهما الإدراك والاختيار اعتبر الجاني عاصيا

وكان فعله عصيأنا... أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر في الفاعل شرطا المسؤولية أو احدهما فلا يعتبر الفاعل عاصيا ولا يعتبر فعله عصيانا..."[1] وحذا حذوه عبد الفتاح خضر عندما بحث الأهلية الجنائية ومن ثم المسؤولية الجنائية ضمن ركن العصيان أو الركن المعنوي وعنون لها بكونا المفاهيم المتصلة بدراسة الركن المعنوي[2].وفي ذات الوقت ينقل عبد الفتاح مصطفى الصيفي اتفاق علماء المسلمين على المكانة الذي تحتله الأهلية الجنائية في النظام الجنائي الإسلامي، إذ يقول:" من المتفق عليه في الفقه الإسلامي أن الأهلية من شرائط صفة الجريمة، أي من شرائط وجود الجريمة حتى يترتب عليها أثرها الشرعي وهو استحقاق العقوبة"[3].

غير أن عبد الفتاح الصيفي وبالرغم من أنه لا يخالف ما جاء به غالبية فقهاء المسلمين إلا أنه لا يقتصر عليه فقط بل يزيد عليه بقوله:" والراجح في نظرنا أن الأهلية الجنائية شرط في التكليف، أي في مرحلة المخاطبة بالقاعدة الجنائية، كما أنا جانب مفترض للركنين المادي والمعنوي للجريمة، وهي كذلك شرط

---

[1] التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، 403/1.

[2] عبد الفتاح خضر: المصدر السابق ص 245.

[3] الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون ص 441.

لإمكانية توقيع العقوبة"[1]. ويزيد على ما سبق توضيحا وتأكيدا لصحة قوله ما مفاده:" وفي هذه الحالات جميعا يختلف مضمون الأهلية الجنائية على نحو يتسق مع ما يتعلق به من هذه المقومات، وعلى نحو يتناسب مع مراحل تطلب هذه الأهلية..."[2]

وبناءا على ما تم عرضه، وبالرغم مما يمثله الركن المعنوي من أهمية بالنسبة لموضوع تحمل التبعة وعلاقته بتحديد مقدار جسامة التبعة إلا أنه لا يمكن حصر مجال الأهلية الجنائية في ركن العصيان وحده. ذلك أن الأهلية الجنائية في الفقه الإسلامي ذات أبعاد ثلاثة:

1- في **الفعل:** يشترط علماء الشريعة الإسلامية قاطبة أنه وحتى يوصف الفعل بالجرم لابد لفاعله من أهلية للتكليف، ويضرب أبو حامد الغزالي[3] مثالاً فيقول: "فعل المكره يجوز أن يدخل تحت التكليف بخلاف فعل المجنون و البهيمة لأن الخلل في المكلف لا في المكلف به ..."[4]

2- في **الفاعل :** من حيث كونها قوام للتكليف بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها، فقد اشترط الأصوليون في المكلف "...أن يكون عاقلا يفهم الخطاب فلا يصح

---

[1] المصدر السابق ص 441 -442

[2] المصدر السابق ص 442.

[3] هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي المعروف بالغزالي ولد سنة 450هـ، وقيل سنة 451هـ شافعي المذهب فقيه أصولي متكلم، أحد تلامذة إمام الحرمين أبو المعالي الجويني، تولى التدريس بالنظامية ببغداد، أقبل على العبادة، ثم انقطع في آخر حياته من مؤلفاته: إحياء علوم الدين، المستصفى... توفي سنة 505هـ،

- انظر ابن خلكان: وفيات الأعيان 216/4، ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب 10/4-19، ابن كثير: البداية والنهاية: 173/12، 174.

[4] المستصفى: 90/1.

خطاب الجماد والبهيمة بل خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز لأن التكليف مقتضاه الطاعة والامتثال.."[1]

3- في **الحكم بالجزاء:** والجزاء في الفقه الإسلامي يتخذ مظهرين اثنين :

" فالجزاء يطلق على ماهو عقوبة كما في قوله تعالى" **جَزَاءً بِمَا كَسَبَا**"[2]

وعلى ما هو مثوبة كما في قوله تعالى "**فَلَا تَعْلَمُ نَفْسٌ مَا أُخْفِيَ لَهُمْ مِنْ قُرَّةِ أَعْيُنٍ جَزَاءً بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ**"[3][4]. وعليه يرى الاصوليون "... انه لا بد في المحكوم عليه من أهليته للحكم"[5].

الفرع الثالث: مسائل لها علاقة بالأهلية الجنائية:

أولاً: مدى اكتساب فعل فاقد الأهلية لوصف التجريم في الفقه الإسلامي:

اتضح من خلال البحث في الأهلية الجنائية، أن هذه الأخيرة تعد شرطا أساسيا وجوهريا لوصف الفعل بأنه جريمة، لذا عمد غالبية العلماء في الفقه الإسلامي إلى بحثها في محور العصيان، وهذا ينتج عنه مفهوم المخالفة[6]، أن فقد الأهلية الجنائية يعني عدم اكتساب الفعل لوصف الجريمة، وبناءا عليه يذهب فقهاء المسلمين إلى أنّ الفعل الذي يأتي الحدث غير المميّز على اقترافه -أو أيا من كان باعتباره فاقد الأهلية الجنائية- لا يمكن اعتباره جريمة، إذ يذكر

---

[1] المصدر السابق 1/83-84

[2] سورة المائدة الآية 40

[3] سورة السجدة الآية 17

[4] عبد العزيز البخاري: نفس المصدر السابق 212/4.

[5] سعد الدين التفتازي: نفس المصدر السابق 336/2.

[6] مصطلح أصولي يعرفه أهل الأصول:" وهو حيث المسكوت عنه مخالفا للمذكور في الحكم إثباتا ونفيا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به.." الشوكاني. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص349.

العلماء:" والثاني أن يكون بالغا فان كان مجنونا أو صبيا لا يجب لأن القصاص عقوبة وهو ليس من أهل العقوبة لأنها لا تجب إلا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية، ولهذا لم تجب عليهما الحدود..."[1]

وأيضا :" لا يخاطب الصبي بالإيجاب والتحريم"[2]، "يهذب الصبي على الغصب، وكذلك يضرب على الزنا والسرقة وغيرهما نفيا للفساد بين العباد لا للتحريم..."[3].

ولكن والحال عند الفقهاء المسلمون عدم اعتبار فعل الصبي أو الحدث غير المميز جريمة فكيف يمكن أن يفسر إذًا ما هو وارد في أبواب كتب الفقه الإسلامي حين يعنون في قسم الدماء لباب من أبواب بـ"جناية الصبي...".

فهل هذا يعني وجود تناقض بين الأحكام الفقهية أم هو راجع لاختلاف الفقهاء في الآراء كما هي العادة في العديد من المسائل ؟.

و الإجابة عن هذا السؤال يكون على شطرين:

الشطر الأول: أن النظام الجنائي الإسلامي برمته لا يحوي بين ضفتيه صورة من أي نوع من صور التناقض كيف وهو من لدى حكيم خبير "**الْحَمْدُ لله الَّذِي أَنزَلَ عَلَى عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَل لَّهُ عِوَجًا**"[4].

وأما الشطر الثاني: فإن من بين ما اطلعت عليه من أقوال العلماء لم أجد من اعتبر أن فعل الحدث غير المميز جريمة، بل إن عدم اعتباره جريمة هو الرأي الغالب الذي تناقلته الكتب الفقهية.

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 234/7.

[2] الزركشي : البحر المحيط 346/1.

[3] القرافي: الدخيرة 271/8.

[4] سورة الكهف الآية 1.

وأمكن القول أنّ إطلاقهم لجناية الصبي من باب التسمية لا غير حتى يتبين نوع الفعل الذي اقترفه من جملة الأفعال الأخرى وأنه واقع في باب الجنايات لا في غيرها من الأبواب، أي من الأفعال التي لو ارتكبها البالغ

العاقل لكانت جريمة وهذا الرأي يؤكده القول التالي:"لو قذفه بالزنا ثم أثبت أنه زنى في حال الصبا أو في حال الكفر لم ينفعه

زنى بخلاف ما إذا ثبت عليه أنه زنى في حال رقه فان اسم الزنا لازم له..."[1].

قد يوصف فعل المراهق بالجريمة "... لما يحلقه من التأديب على فعله"[2]، لأن المراهق مميز وهو أهل للتأديب، ويذكر الدكتور عبد الفتاح الصيفي: رأيا يصف فيه فعل غير المميز بقوله " لا يوصف فعله بالجريمة لأنه غير مخاطب بالقاعدة الجنائية نظرًا لعدم أهليته للخطاب، ولكن يوصف بالانحراف الاجتماعي أو بالجنوح، ويوصف ما يكشف عنه هذا الجنوح بالخطورة الاجتماعية لا الجنائية"[3].ولكن مع هذا فإن انتفاء المسؤولية الجنائية عن الحدث سواء مميز أو غير مميز يعود أساسا وبالدرجة الأولى، لا إلى وصف أو عدم وصف الفعل المنسوب إليه بكونه جريمة من عدمها، بل يعود إلى أمر آخر وهي عوامل شخصية محضة تتعلق بشخص الفاعل لا علاقة لها بالفعل.

ثانيا: مدى اكتساب فعل فاقد الأهلية لوصف التجريم في القانون:

يعمد شراح القانون الجنائي الجزائري إلى بحث الأهلية الجنائية ضمن ركن العصيان (المعنوي)، ومن المفروض والرأي على ما ذكرنا أن يسقط وصف التجريم على فاقد الأهلية الجنائية.

---

[1] المواق: التاج والاكليل 403/8.

[2] الرازي، المحصول: 101/1.

[3] المصدر السابق ص 457.

غير أن القانون الجنائي الجزائري يأخذ منحى آخر بحيث لا يسقط وصف التجريم عن فعل الحدث حتى وإن انتفت أهليته الجنائية وذلك لأن "...إنكار الصفة غير المشروعة لما يصدر عنه من أفعال، يتعارض مع أحكام القانون الوضعي ويتعارض كذلك مع ما استقر عليه الفقه والقضاء..."[1] معللين ذلك بأن "...انتقاء الأهلية الجنائية، وان ترتب عليه انتقاء الركن المعنوي للجريمة، لا ينفي عن الفعل الصادر عن فاقد الأهلية الجنائية صفته غير المشروعة.."[2]. بدليل أن المسؤولية المدنية التي ترفع لطلب التعويض عمّا اقترفه الحدث بفعله في حق الآخرين وإن كان يتحمل عبئها وليه أو كفيله، إلا أنه لا يمكن رفع هاته الدعوى، دعوى التعويض عن الأضرار أمام محكمة جنائية ما لم يكن الفعل جريمة وإلا لما أمكن البث فيها[3].

ثالثًا: عمد الحدث في **الفقه الإسلامي**

تعرضت كتب الفقه الإسلامي لمسألة " عمد الحدث" هل يحمل على أنه عمد أم خطأ، وتعد هاته المسألة تتمة لما قبلها، وفيما يلي عرض لآراء الفقهاء في المسألة:

اتفقت كلٌّ من الحنفية والمالكية والحنابلة على أن عمد الصبي لا يمكن أن يحمل على أنه عمد ولكن عمده يعتبر خطأ. وقد وافقهم الشافعي في هذا في رواية له وخالفهم في رواية أخرى وفيما يلي أقوال العلماء في المسألة:

---

[1] عادل يحيى علي: النظرية العامة للأهلية الجنائية، ص 206.

[2] المصدر السابق ص 214.

[3] انظر: أوهايبية عبد الله: شرح قانون الإجراءات الجزائية الج... 182-183

1- الحنفية: "وإذا جنى الصبي جناية عمدا أو خطأ فهو سواء، عمد الصبي وخطأه سواء، وكذلك المعتوه"[1]، "وعمد الصبي والمجنون في حال جنونه والمعتوه خطأ تعقله العاقلة"[2].

"وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه والمجنون..."[3]

2- المالكية: "...الصبي والمجنون ماجنيا من عمد أو خطأ بسبق أو هو غير ذلك أهو خطأ قال: مالك: نعم"[4]

"فلا يقتص من صبي ولا مجنون لا عمد هما وخطأ هما سواء..."[5]

3- الشافعية: "واختلف قوله في عمد الصبي والمجنون فقال في أحد القولين: عمدهما خطأ لأنه لو كان عمدا لأوجب القصاص، فعلى هذا يجب بعمدهما دّية مخففة، والثاني أن عمدهما عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه..."[6].

---

[1] محمد بن الحسن الشيباني: الأصل المعروف بالمبسوط 493/4.

[2] المصدر السابق، 442/4.

[3] المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدئ: 188/4

[4] مالك بن أنس: المدونة 399/16

[5] الخرشي: علي مختصر سيدي خليل 3/8

[6] الشيرازي: المهذب 212/3.

4- الحنابلة: "وعمد غير المكلف خطأ تحمله العاقلة لأنه لا يتحقق من الصغير والمجنون كمال القصد فوجب أن يكون كخطأ البالغ ولأنه لا يوجب القصد فحملته كغيره"[1].

الواضح من خلال ما تم عرضه من أقوال الفقهاء المسلمين أن القصد السليم الصحيح يقترن بسلامة الإدراك والاختيار وبناءا على ما جاء كان عمد الحدث خطأ، ولا يمكن اعتباره عمدا وذلك لقصور إدراكه واختياره.

المبحث الثاني: شروط المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: الإدراك والتمييز في الفقه الإسلامي والقانون:

يعد الإدراك في مقدمة الشروط التي تشترطها المسؤولية الجنائية أو تحمّل التبعة، وقد اهتم الفقه الإسلامي ببيان شروط تحمل التبعة منذ أن اختص الإنسان بالصلاحية والاستحقاق من دون سواه، إذ لا يخلو موضع تحدث فيه الفقهاء والأصوليون عن المكلف من دون بيانٍ لشروطه وهي: العقل والاختيار.

وبما أن التكليف الجنائي خطاب موجه إلى المكلف كان لا بد لمن يوجه إليه هذا الخطاب أن يكون فاهما له ولا يتأتى هذا من دون العقل، والعبرة من اشتراطهم العقل، ليس كل مقدار من العقل كما يجمع على ذلك العلماء بل كمال العقل وسلامته من العيوب. ولأن الإدراك في حقيقة الأمر ماهو إلا تعبير عن الحالة أو القدرة الذهنية والعقلية للشخص المكلف فإنه ولأهميته في هذا الجانب من البحث وما يترتب عن وجوده من أحكام وعن عدمه أيضا من أحكام فسأتناول بيان مفهومه وأقسامه على النحو التالي.

---

[1] البهوتي: كشاف القناع عن متن الاقناع، 65/6.

الفرع الأول: مفهوم الإدراك والتمييز وأقسام الإدراك في الفقه الإسلامي:

أولاً: الإدراك لغة وإصطلاحًا:

1- **الإدراك** في **اللغة:** مأخوذ من مادة درك، والدرك اسم من الإدراك وهو اللحاق والوصول إلى الشيء يقال مشيت حتى أدركته أي لحقت به وعشت حتى أدركت زمانه وأدركته ببصري أي رأيته ومنه قوله تعالى: **"حَتَى إِذَا ادارَكُوا فِيهَا جَمِيعًا..."**[1]، أي لحق آخرهم أولهم، ومنه الإدراك وهو اللحاق.[2]

2- **الإدراك[3]** في **الاصطلاح:**

يعرف علماء الأصول الإدراك بأنه: "وصول النفس إلى المعنى بتمامه من نسبة أو غيرها"[4]

ثانيا: التمييز لغة وإصطلاحًا:

1- **التمييز** في **اللغة:** مأخوذ من مادة الميز، يقل ماز الشيء يميزه ميزا أي عزله وفرزه، وماز الشيء ميزا وميزة ومَيَّزَه، فصل بعضه على بعض ومنه قوله تبارك وتعالى:"**لِيمَيَزَ الخَبِيثَ مِنَ الطَيبِ**"[5] [6].

---

[1] سورة الأعراف الآية 36.

[2] انظر لسان العرب: باب الدال (مادة درك)، 334/4، الصحاح: باب الكاف فصل الدال (مادة درك) 1582/4 - 1583، القاموس المحيط: باب الكاف فصل الدال ص 844.

[3] إن الإدراك ليس موضوعا حديثا اختص علماء النفس بالبحث فيه، بل تناوله علماء الأصول منذ قرون عدة ضمن المباحث الأصولية.

[4] شمس للبناني المحلي : حاشية البناني، 1 /145.

[5] سورة الأنفال الآية 37

[6] لسان العرب: باب الميم (مادة ميز). 231/13، الصحاح: باب الزاي، فصل الميم (مادة ميز)، 3-797، القاموس المحيط باب الزاي. فصل الميم (مادة ميز) صفحة 473.

2- التمييز في الاصطلاح الفقهي: يعرف على أنه: "ما يرفع الإبام المستقر عن ذات مذكورة"[1] والمعلوم أن الفرز والفصل والعزل لا يكون إلا في بداية كل أمر ليرتفع بذلك اللبس والإبام وهو لاشك في الإنسان في أولى خطواته نحو المعرفة وهي فترة ما قبل البلوغ لذا سمي هذا السن باسم التمييز.

3- المميز في الاصطلاح الفقهي: يعرف بأنه " هو الذي بلغ سنا تمكنه من التمييز بين معاني ألفاظ العقود في الجملة. ويعرف المراد منه عرفا ويدرك أسس التعامل العامة وحدد العلماء هذه السن بأنا بين السابعة والبلوغ."[2] وقد أشار أبو حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين عند حديثه عن مراتب العقل بقوله:" الثاني: هي العلوم التي تخرج في ذات الطفل المميز بجواز الجائزات، وباستحالة المستحيلات كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد وأن الشخص الواحد لا يكون في مكانين في وقت واحد"[3].

وما جاء في قول الآمدي[4] أيضا:" وأما الصبي المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز

---

[1] الجرجاني: التعريفات ص 69.

[2] محمد الزحيلي: نفس المصدر السابق ص 142.

[3] نفس المصدر السابق: 85/1

[4] هو علي بن أبي محمد بن سالم التغلبي أبو الحسن سيف الدين الآمدي ولد في آمد سنة 551هـ تلقى تعليمه في بغداد والشام ثم شد الرحال إلى القاهرة أين علا صيته وبرزت مكانته وكثر حساده أيضا فاتموه بفساد العقيدة؛ خرج من القاهرة إلى دمشق أين توفي با سنة ستمائة وواحد وثلاثون للهجرة، من مصنفاته: الإحكام في أصول الأحكام "و" منتهى السول "و" لباب الألباب" انظر : ابن كثير: البداية والنهاية، 13/140-141، الأسنوي:طبقات الشافعية 1/73-74

غير أنه هو أيضا غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى وكونه متكلفا مخاطبا مكلفا بالعبادة..."[1].

ويمكن القول أن: الصبي المميز وإن كان بإمكانه فهم بعض الأمور إلا أن هذه النسبة من الفهم لا تكفي لإدراك مآلات الأمور وتصور النتائج وتقديرها خاصة وأن إدراك مقاصد الخطاب التكليفي وعلى الأخص الخطاب الجنائي يستوجب نضجا في العقل وقدرة في الفهم تمكن صاحبها من اختيار سليم. وهذا لا يتم إلا للمدرك البالغ العاقل كما أن الإدراك المتطلب للتكليف هو الإدراك الذي من خلاله يمكن فهم الخطاب والانصياع والانقياد لأوامر الشارع الحكيم وهو أمر لا يتطلب قدرة خارقة من الذكاء بل قدرا معتبرا ليناط به التكليف.

وإن كان القانون الجنائي الجزائري قد أصاب من خلال تعريف التمييز الذي سيرد لاحقًا لجملة هذه النقاط إلا أنه لا مناص من القول بأنه قد عرف الإدراك وأطلق عليه اسم التمييز. وهذا الخلط وانعدام الدقة في تعديد الاصطلاحات قد ينجر عنه خلط عند بناء الأحكام.

ثالثًا: أقسام الإدراك:

ويقسم علماء الأصول الإدراك إلى قسمين: إدراك حسي وإدراك عقلي، وفيما يلي بيان لهذين النوعين:

أ-الإدراك الحسي: ويعرفه العلماء بأنه:"امتثال صور المحسوسات في الحواس"[2] بمعنى أن الإدراك الحسي يمكّن الكائن الحي من إدراك

---

[1] الإحكام في أصول الأحكام. 216/1

[2] محمد عثمان نجاتي" الإدراك الحسي عند ابن سينا ص 45؛ وانظر أيضا: التفتازاني: المصدر السابق، 330/2؛ أمير باد شاه: تيسير التحرير، 245/2، عادل يحيى قرني علي: المصدر السابق: ص 147 وما بعدها.

الموجودات الخارجية أو الأشياء الحسية الخارجية على ما هي عليه، بحيث تكون كل حاسة مكملة للأخرى في إدراك هذا الموجود الخارجي.

ويعتمد هذا النوع من الإدراك على نوعين من الحواس: الظاهرة وتمثل بدايته والباطنة وتمثل نهايته، بحيث تكون الثانية مكملة للأولى.

1- الحواس الظاهرة: أو القوى المدركة الظاهرة ويقصد بها الحواس الخمس المعروفة لدى عامة الناس ألا وهي: البصر، الشم، الذوق، اللمس، السمع، وكل حاسة تدرك مالا تستطيع الأخرى إدراكه من موجودات حسية خارجية لذا كانت كل من هذه الحواس مكملة للأخرى فحاسة أو قوة البصر تدرك الألوان والأشكال والأجسام وحاسة السمع تدرك الأصوات وهكذا...[1]

ويعتبر العلماء أن الإدراك الحسي الظاهر يمثل القدر المشترك بين الإنسان – بما في ذلك الصبيان والمجانين- والحيوان إذ هو "وسيلة الكائن الحي (إنسانا كان أو حيوانا) للتعرف على العالم الخارجي"[2].لذا يصفها أبو حامد الغزالي بقوله: "آلات الإدراك"[3]

ويلي هذا النوع من الحواس الباطنة.

---

[1] انظر: التفتازاني: المصدر السابق، 331/2: البخاري حمانة: الإدراك الحسي عند الغزالي ص 35 وما بعدها.

[2] البخاري حمانة: المصدر السابق، ص 35.

[3] أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، 115/12.

2- الحواس الباطنة: أو القوى المدركة الباطنة وهي بدورها خمسة حسب ماذكره العلماء وتتمركز هذه الحواس في مختلف تجاويف الدماغ :

- الحس المشترك: وهي القوة التي تجمع فيها كل صور المحسوسات أو الموجودات الخارجية.

- الخيال: وهذه القوة تعد بمثابة الخزانة، إذ تحفظ فيها كل صور المحسوسات المجتمعة في الحس المشترك حتى إذا غابت صورها عن الحاسة الظاهرة أمكن استحضار صورها في الحاسة الباطنة.

الوهم: وهي القوة التي من خلالها تدرك المعاني الجزئية، ويضرب العلماء لذلك مثلا: بـ عبداوة زيد وصداقة عمرو، وإدراك الشاة لعداوة الذئب.

- الحافظة: وتعتبر هذه القوة بمثابة الخزانة للوهم، مثلها في ذلك مثل الخيال للحس المشترك، وتحفظ بما ما تم إدراكه من معاني جزئية فما أدركه الكائن الحي عبر تجاربه الماضية تتولى الحافظة حفظه وتخزينه لتضاف إلى تجاربه اللاحقة.

- المفكرة: وهي القوة التي بموجبها يكون التفصيل والتركيب بين صور المحسوسات المجتمعة في الحس المشترك، وبين المعاني الجزئية المدركة من طرف القوة الوهمية.

وتستعمل هذه القوة أو الحاسة –أي المفكرة- على نحوين اثنين:

- النحو الأول: وذلك عند استعمالها عن طريق القوة الوهمية وتسمى حينئذ بالمتخيلة وهذا القدر هو للإنسان كما هو للحيوان وهو نهاية الإدراك الحسي.

- **النحو الثاني:** عند استعمالها عن طريق العقل وتسمى حينئذ بالمفكرة وهو بداية الإدراك العقلي عند أخذ العقل منها العلوم[1].

والإدراك العقلي هو :" امتثال صور المعقولات في العقل"[2].

الفرع الثاني: مفهوم الإدراك والتمييز في القانون:

أولاً: مفهوم الإدراك:

لم ينص التشريع الجزائري صراحة على شروط المسؤولية الجنائية وإنما اكتفى بالنص على الأسباب التي يعد قيامها مانعا لمسؤولية الإنسان اتجاه أفعاله عند انعدام أحد هذه الشروط أو عند انتقاصها. وعليه فلا نجد في قانون العقوبات سوى لفظ القصر والجنون اللذين يدلان بطريقة غير مباشرة على انعدام عنصر الإدراك.

وهو الحال بالنسبة لشراح القانون، إذ نجد أن عنصر الإرادة قد نال قسطا كبيرا من الدراسة والبحث بينما ليس الأمر كذلك بالنسبة لعنصر الإدراك، إلا ما عني ببيانه أثناء الحديث عن الإرادة الإجرامية التي تعد قوام الركن المعنوي، وإلى جانب هذا يعترض عنصر الإدراك في القانون الجنائي الجزائري وكما هو الشأن في جل التشريعات والقوانين الوضعية الحديثة[3]- ما يعرف بإشكالية تحديد المصطلحات إذ يعبر عن الإدراك بالتمييز، الشعور أو الوعي وهي ألفاظ تعتبر ذات معان مترادفة يتنوع في استعمالها في

---

[1] انظر: التفتازاني: المصدر السابق، 331/2، أمير باد شاه: المصدر السابق 246/2، البخاري حمانة: المصدر السابق ص 70 وما بعدها: محمد عثمان نجاتي: المصدر السابق، ص35.

[2] محمد عثمان النجاتي: المصدر السابق ص 45.

[3] انظر: عبد الفتاح مصطفى الصيفي: المصدر السابق، ص 450، عبد الفتاح خضر: المصدر السابق ص252.

الجانب القانوني، ونجد أن القانون الجنائي الجزائري قد أطلق على عنصر الإدراك بالتمييز، فما المقصود بالتمييز وما مفهومه في القانون الجنائي الجزائري؟

ثانيا: مفهوم التمييز في **القانون:** يعرف رضا فرج التمييز بقوله:" المقدرة على فهم ماهية الفعل المرتكب وطبيعته والآثار المترتبة عليه"[1]

ويعني مقدرة الشخص على فهم ما يؤول إليه اقتراف الأفعال المحظورة من مساس خطير بالمصالح المحمية قانونيا وما يترتب عليها من نتائج وخيمة مستقبلا.

وبالإضافة إلى ذلك فقد ذهب التشريع الجنائي الجزائري إلى أن ما بين الولادة إلى غاية سن الثالثة عشر فترة انعدام التمييز واعتبر ما بين الثالثة عشر والثامنة عشر فترة تمييز ناقص، واعتبر التمييز التام هو بلوغ سن الرشد الجنائي وحدده بثماني عشرة سنة.

في حين نجد أن الفقه الإسلامي يعتبر فترة ما قبل التمييز هي تلك الفترة الممتدة من حين الولادة إلى سن السابعة وهي نفس الفترة –أي السابعة- التي يبدأ فيها التمييز ويمتد إلى البلوغ أو ما يعرف بمرحلة أهلية الأداء الناقصة وفيها أيضا تكون البوادر الأولى للإدراك، كمناط للتكليف والمسؤولية.

فهل هذا يعني أن الاختلاف القائم بين القانون الجنائي الجزائري والفقه الإسلامي ينحصر مداه في تحديد السن فقط، أم أن انعدام الدقة في استعمال الألفاظ وتحديد المصطلحات له أثره أيضا وبمعنى أدق هل يؤدي لفظ أو مصطلح التمييز نفس معنى الإدراك؟ وهل يؤدي مصطلح التمييز في كل من

---

[1] المصدر السابق: ص 370

الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري نفس المعنى؟.والإجابة على ما بيّناه في هذا المقام من تفصيل وارد.

المطلب الثاني: حرية الاختيار في الفكر الإسلامي والفكر القانوني

الفرع الأول: مفهوم حرية الاختيار في الفكر الإسلامي والقانون:

" هل الإنسان حر مختار أم مجبر منساق" تعد هذه الإشكالية من أقدم المسائل المطروحة التي عرفها كل من الفكر الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء، ففي الفكر الإسلامي احتدم الخلاف بين الفرق الإسلامية حول ما إن كان الإنسان مسيرا أم مخيرا.

ونفس الخلاف عرفه الفكر الوضعي إبان مراحل تطوره وذلك من خلال ظهور العديد من المدارس التي ساهمت بأفكارها ونظرياتا مساهمة فعالة في تنمية وتطوير السياسة الجنائية.

وإن كانت هذه المسألة ذات طابع فلسفي أكثر منه فقهي أو قانوني إلا أن لبيان الرأي الراجح في المسألة أهمية في بناء العماد التي تقوم عليه المسؤولية الجنائية أو تحمل التبعة وذلك في كل من الفكر الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري.

وقبل الخوض في دروب هذه المسألة أرى أنه من الواجب التعرض لبيان مفهوم كل من مصطلح حرية الاختيار والإرادة وذلك للأسباب التالية:

يختلف القانون الجنائي الجزائري عن الفقه الجنائي الإسلامي في التعبير عن ثاني شرط للمسؤولية الجنائية، فبينما يعبر عنه الفقه الجنائي الإسلامي بلفظ الاختيار يعبر عنه القانون الجنائي الجزائري بلفظ الإرادة.

فهل هذا الاختلاف بين النظامين مجرد خلاف في إطلاق التسمية أم أنه يتعداه أيضا لخلاف في المدلول والاستعمال.

ونظرا لأهمية تحديد المفاهيم في بناء الأحكام، فإن التعرض لبيان مفهوم كل من الإرادة وحرية الاختيار في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي

الجزائري يعد ضروريا في هذا الجانب من البحث. وسيكون ذلك على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون:

أ- الإرادة في الفقه الجنائي الإسلامي:

1- الإرادة في اللغة: الإرادة لغة من رود، يقال أراد يريد إرادة، وأراد الشيء بمعنى شاءه، ومنه إرادة المشيئة[1]، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا المعنى بقوله تعالى:" **إِنَمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ**"[2]

2- الإرادة في الاصطلاح الفقهي: هي القصد إلى الشيء والاتجاه إليه، بمعنى العزم على إتيان أمر ما، وتوجيه السلوك نحوه، كاتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، وهي ما يسمى عند القانونين الإرادة الإجرامية التي تعد شرطا أساسيا وجوهريا لقيام الركن المعنوي للجريمة وهو الذي يعرف في الفقه الجنائي الإسلامي بركن العصيان.

ب- الإرادة في القانون:

تعرف الإرادة في الاصطلاح القانوني بأنا: "قوة نفسية تتحكم في سلوك الانسان، فهي نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك بدف بلوغ هدف معين"[3] ولا يختلف فحوى هذا التعريف كما هو ملاحظ عمّا ورد في الاصطلاح الفقهي.

ثانيا: مفهوم حرية الاختيار في الفقه الإسلامي والقانون:

---

[1] انظر: لسان العرب: باب الراء (مادة رود)، 366/5-368، الصحاح : باب الدال فصل الراء (مادة رود)،229/1-230، القاموس المحيط: باب الدال: فصل الراء (مادة رود) ص 257.

[2] سورة يس الآية 81.

[3] عبد الله سليمان: المصدر السابق، ص 258/1

أ- حرية الاختيار في الفقه الإسلامي:

1- الاختيار في اللغة: الاختيار لغة مأخوذة من مادة خير، يقال خار الشيء اختاره، انتقاه وخيره خيرةً بمعنى فضله، يقال خيرته بين الشيئين أي فوضت إليه الخيار، والاختيار هو الاصطفاء، ومنه قوله تعالى: **" وَأَنَا اخْتَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى"**[1]، [2]

2- الاختيار في الاصطلاح الفقهي: يعرف العلماء الاختيار بقولهم: " القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر[3]. وبمعنى اختيار الإنسان لأفعاله وتفصيل بعض منها على بعض كاختيار الإنسان العاقل المتزن الإحجام على ارتكاب الجريمة، لما يترتب على ارتكابا من أضرار وخيمة.

ب- حرية الاختيار في القانون:

عرف شراح القانون الجنائي الجزائري حرية الاختيار بأنا: "مقدرة الجاني على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته أي مقدرته على توجيه إرادته اتجاها معينا وتحديد الطريق الذي يسلكه بفعله"[4].

وعرفت أيضا بأنا: "مقدرة المرء على توجيه إرادته الوجهة التي يريد"[5]، ويلاحظ أن كل التعريفين يلتقيان في المضمون مع تعريف الإرادة الوارد آنفا سواء ذاك الذي أورده فقهاء المسلمين أو شراح القانون.

---

[1] سورة طه الآية 13.

[2] انظر: لسان العرب : باب الخاء (مادة خير)، 257/4-258، الصحاح: باب الراء، فصل الخاء (مادة خير)، 252/2، القاموس المحيط : باب الراء، فصل الخاء (مادة خير) ص 351

[3] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 538/4

[4] رضا فرج: نفس المصدر السابق ص 371

[5] عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق ص 300/1

- وبعد هذا العرض للمفاهيم في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري أمكن القول بأن بحث الأهلية الجنائية ضمن الركن المعنوي للجريمة والذي يختص تحديدا بدراسة وبحث الإرادة كان له بالغ الأثر فيما جاء به شراح القانون من تعريف لحرية الاختيار. بمعنى أن تعريفهم لحرية الاختيار كشرط للمسؤولية الجنائية كان من زاوية دراستهم للركن المعنوي للجريمة ومن ثم الإرادة.فمن أمعن النظر وجد أن تعريف حرية الاختيار والإرادة في المجال القانوني يكاد يكون تعريفا واحدا.

بالإضافة إلى ذلك فان استعمال لفظ الإرادة في المجال القانوني يضطر الباحثين في هذا الميدان إلى كشف الغموض وإزالة اللبس وإظهار الفارق بين الإرادة كقوام للمسؤولية الجنائية والإرادة كقوام للركن المعنوي[1]، وإن أضيف إلى لفظ الإرادة أحيانا قيد "الحرة" أي الإرادة الحرة لصرفه إلى أن

المقصود من الإرادة هنا تلك التي تعد شرطا للمسؤولية الجنائية، وليست تلك التي تعد شرطا للركن المعنوي.

مما يفيد أن الإرادة شرط لقيام الجريمة وهو ما عليه الحال في القانون الوضعي بينما الاختيار شرط لقيام المسؤولية الجنائية.

وإذا كان هذا هو الحال في المجال القانوني فإن الفقه الإسلامي قد تعداه إلى ما هو أكثر دقة لذا نجد أن العلماء المسلمين قد درجوا على استعمال لفظ حرية الاختيار بدل لفظ الإرادة عند بيانهم لشروط المكلف أو المحكوم عليه.

في حين اختلف استعمال لفظ الإرادة على نحوين اثنين:

---

[1] لمزيد من التفصيل انظر: عوض محمد: شرح قانون العقوبات –القسم العام- ص 440، عادل يحيى قرني علي: نفس المصدر السابق ص 157 وما بعدها.

1- اقترن لفظ الإرادة بالمشيئة الإلهية من حيث أنا إيجاد للمعدوم[1]

2- الإرادة تعبر عن ميل يحصل للنفس اتجاه فعل ما معتقدة نفعه[2]، وينتج عن هذا أن انعدام الاختيار لدى الإنسان لا يستلزم بالضرورة انعدام الإرادة في بعض الحالات.

فالمكره على إتيان فعل ما كالقتل مثلا يفسد الاختيار لديه ولكنه غير فاقد للإرادة إذ أنه بمجرد توجيه إرادته نحو الفعل تقع جريمة القتل، وكالمجنون أيضا فإنه فاقد الاختيار بدليل أن الاختيار لا يأتي للإنسان إلا بالإدراك بينما ليس فاقد الإرادة لوقوع جريمة القتل منه، وبما أن الإنسان وهو في حال من التكليف يلزم بتحمل تبعة أفعاله، فان ترتيب الجزاء يكون مرهونا بمدى حرية الإنسان في اختيار وانتقاء أفعاله إذ هو المعنى المقصود من المسؤولية الجنائية أو التكليف بالدرجة الأولى، فالجاني يسأل عن سبب مخالفته للقواعد القانونية، فبين الطاعة والمعصية تكمن الحرية وتظهر قوة الإنسان في اختياره لأفعاله.

وليس بالضرورة أن يختار الإنسان ما فيه خيرا دوما فقد يختار ما يعتقده خيرا وهو على العكس من ذلك تماما وهو ما يعبر عنه

وإن كان كل من حرية الإختيار أو الإرادة الحرّة أمكن استعماله والتعبير به عن ثاني شرط للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: حرية الإختيار بين النفي والإثبات في الفكر الإسلامي والفكر الوضعي:

1- فرقة الجبرية:

مثلت فرقة الجبرية في تاريخ الفكر العربي الإسلامي أحد أطراف الـ اع المتعلق بمسألة الحرية الإنسانية.

---

[1] الجرجاني: المصدر السابق ص15.

[2] انظر: المصدر السابق، ص 15، أبو البقاء: الكليات، ص 73-74

وقد قامت هذه الفرقة على نفي كل قدرة أو استطاعة الإنسان في هذا العالم، فهي ترى بأن الله عزوجل هو الخالق لكل شيء والفعال لما يريد.

وعليه فقد اعتبرت أن مبدأ محاسبة للإنسان عن أفعاله وتوقيع الجزاء عليه يعد ظلما يقترف بحقه، إذ كيف يمكن أن يكون مذنبا على أمره هو مجبر على اقترافه من غير أن تكون له الخيرة من أمره. وقول كالذي جاءت به فرقة الجبرية إلى جانب أنه يهدم مبدأ التكليف الذي أقر المسؤولية والجزاء للإنسان، فإنه ينسب إلى الله تبارك وتعالى فعل القبيح.وتفنيدا لما ادعته فرقة الجبرية جاءت فرقة المعتزلة لتمثل الطرف الثاني من أطراف الا اع[1].

2- فرقة المعتزلة:

يعد العدل الإلهي أحد أهم الأصول[2] التي أقامت عليها المعتزلة عقيدتا، وتقوم هذه الفكرة أساس على نفي صفة الظلم والقبح عن الله تبارك وتعالى وليس ثمة أفضل من فكرة العدل الإلهي تعبيرا عنها فـ" العدل هو أسمى الفضائل بل أهم صفات الفعل الإلهي"[3].وعلى أساس هذه الفكرة تحديدا بنت المعتزلة مسؤولية

---

[1] انظر: الأشعري: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ص279 ؛ القاضي عبد الجبار المعتزلي:شرح الأصول الخمسة ص 324، عبد الله أمين: دراسات في الفرق والمذاهب القديمة المعاصرة ص 178.

[2] للمعتزلة أصولا خمسة تقيم عليها عقيدتا: التوحيد، العدل، الم لة بين الم لتين، الوعد والوعيد، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقد عدوها خمسة كما يقول محمد عمارة: "لأنم رأوا فيها جماع القضايا المثارة والتي دار من حولها الجدل والصراع في الفكر العربي الإسلامي"، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية ص 124.

[3] أحمد محمود صبحي: في علم الكلام (دراسة فلسفية في أصول الدين)، 1/ 149.

الإنسان عن أفعاله وتصرفاته فالإنسان عند المعتزلة حر في اختياره لأفعاله قاصدا لها، غير مجبر عليها، بل إنها أطلقت هذه الحرية لدرجة أنها نفت أن تكون أفعال الإنسان مخلوقة من طرف الله تعالى ونسبتها إلى العبد فقد جاء في فكر القاضي عبد الجبار المعتزلي:[1] أنّ أفعال العباد كلها حادثة من عند أنفسهم وما الله تبارك وتعالى إلا ممكّنهم من ذلك فقط وليس هو – عزوجل- محدثها أو موجدها، بل الإحداث عندهم لا يكون إلا من العبد. وبما أن الإحداث هو "إيجاد شيء مسبوق بالزمان"[2]، فلا شك أن القدرة عليه تكون سابقة على إحداثه لذا "...أجمعت المعتزلة على أن الاستطاعة قبل الفعل، وهي قدرة عليه وعلى ضده.."[3] وقد كان بديهيا والأفعال محدثة أو مخلوقة من طرف الإنسان أن يكون جزاءه من جنس عمله وإلاّ فما الدّاع من تكليف الإنسان وخلق الجنة والنار.

ومع أن المعتزلة تقر بمسألة إحداث الإنسان لأفعاله خيرها وشرها، إلا أن هذا لم يمنعها من القول بأن ثمة أفعال لا تدخل تحت قدرة العبد واختياره كالأفعال الاضطرارية، وأن الإنسان لا يمكن أن يعد مسؤولا عنها في هاته الحالة وهي بذا تكشف عن وجود موانع تطرأ على الإنسان فتعدمه الحرية والاختيار،

---

[1] هو عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار الصمداني الأسد أبا ذي فقيه شافعي في الفروع غير أنه معتزلي في الأصول، يعد شيخ المعتزلة في عصره ولي القضاء بالري ومات فيها له تصانيف عديدة منها: "شرح الأصول الخمسة"، "المغني في أبواب التوحيد والعدل"، توفي سنة خمس عشرة وأربعمائة للهجرة.

انظر : ابن حجر العسقلاني: لسان الميزان 442/3-443، البغدادي: تاريخ مدينة السلام 414/12-416، الأسنوي: طبقات الشافعية 173/1-174.

[2] الجرجاني: المصدر السابق ص 10.

[3] الأشعري: مقالات الإسلاميين اختلاف المصلين، ص 275، أنظر أيضا القاضي عبد الجبار المعتزلي: نفس المصدر السابق ص 390. محمد عمارة: المصدر السابق ص 92.

يقول محمد عمارة: "كما رأت المعتزلة أنه قد توجد ظروف خارجة عن نطاق ذات الإنسان "تضطره" إلى فعل مالا يريد، وفي هذه الحالة فإن حكمه يفارق حكم الإنسان المختار، ويخرج بذلك من نطاق "الكسب" كما لا يلحقه مدح أو ذم على ما"يضطر" إليه"[1]. وعقب ما أتت به فرقة المعتزلة من أفكار بشأن الحرية الإنسانية ظهرت آراء انتقاديه، وقد كان مردها كلها حول مسألة إحداث الإنسان لأفعاله خيرها وشرها.

فالقول بذا كما يذهب إلى ذلك المنتقدون يستلزم أنه يقع في ملك الله تعالى ما يأباه ويرفضه كالكفر مثلا وبما أن الكفر أكثر من الإيمان فإن هذا يعني أن إرادة الشيطان أنفذ من إرادة الله تبارك وتعالى، وبما أن الإنسان محدث لشر أفعاله والله تبارك وتعالى لا يريدها فان وقوعها في ملكه يعد أكراها له بما لا يريد تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا[2].

وبناءا على هذه الانتقادات الموجهة إلى فرقة المعتزلة ظهرت فرقة الأشاعرة كطرف ثالث في الصراع.

3- فرقة الأشاعرة:

نظرا لحدة الخلاف الذي بلغ أوجه بين الفرق الإسلامية بخصوص هاته المسألة، قامت فرقة الأشاعرة باتخاذ وجهة مختلفة عن سابقتيها من الجبرية والمعتزلة، وقد تمثلت هذه الوجهة بالاعتدال نسبيا، ولعل ما يبرهن على ذلك هي نظرية

---

[1] المصدر السابق ص81.

[2] انظر: الأشعري: الابانة عن أصول الديانة، ص43 وما بعدها. جلال محمد موسى: نشأة الأشعرية وتطورها ص 230-232.

الكسب التي قال بها أبو الحسن الأشعري[1]، محاولا بذلك محاربة التطرف الذي آلت إليه كل من الجبرية والمعتزلة من خلال ما جاءتا به بخصوص هاته القضية. وقد كان لب ما جاءت به هذه النظرية "أن أفعال العباد مضافة إليهم بالاكتساب وإلى الله تعالى بالخلق والاختراع..."[2]، أي أنها نفت صفة الخلق عن العباد وأثبتتها لله تبارك وتعالى، مما جعل الأشاعرة تعتبر الاستطاعة والتي هي قدرة على الفعل مصاحبة له ولا يمكن أن تكون سابقة عليه كما ذهبت إلى ذلك المعتزلة[3]، والقول بالكسب لم ينف أبدا مسؤولية الإنسان اتجاه أفعاله بحجة أنها مخلوقة من طرف الله تعالى، وفسروا بالآتي : "تتعلق قدرة الله بأصل الفعل، وقدرة العبد بكونه طاعة ومعصية، كما في لطم اليتيم تأديبا أو إيذاء"[4]. كما أنه لم يمنعهم –أي القول بالكسب- من القول بوجود موانع أو عوارض ترفع عن الإنسان مسؤوليته "إذ فرق بين الأفعال الاضطرارية والأفعال الاختيارية، الأولى تقع من العباد وقد عجزوا عن ردّها والثانية يقدر عليها العباد غير أنها مسبوقة بإرادة الله حدوثها واختيارها..."[5].

---

[1] هو علي بن اسماعيل بن إسحاق، متكلم مجتهد، ولد بالبصرة، كان معتزلي المذهب في بداية الطريق ثم اعتزل ورجع عن مذهبه، مؤسسا بذلك مذهبا جديدا مذهب الأشاعرة، له مصنفات كثيرة تزخر بها المكتبة الإسلامية منها: "مقالات الإسلاميين" "الابانة على أصول الديانة" توفي سنة ثلاثمائة وأربع وعشرين للهجرة ببغداد. انظر ابن كثير: البداية والنهاية: 187/11؛ الأسنوي: طبقات الشافعية 47/1.

[2] الآمدي: غاية المرام في علم الكلام ص 207، وأنظر أيضا: جلال محمد موسى: نفس المصدر السابق ص 236-237.

[3] جلال محمد موسى: نفس المصدر السابق ص 232 وما بعدها.

[4] الايجي: المواقف في علم الكلام ص 312.

[5] أحمد محمود صبحي: نفس المصدر السابق 483/1، وانظر أيضا جلال محمد موسى: نفس المصدر السابق ص 233 وما بعدها.

هذا باختصار جل ما جاءت به الفرق الإسلامية بخصوص قضية حرية الاختيار وإليك فيما يلي رأي المدارس القانونية تباعاً:

ب- حرية الاختيار في الفكر القانوني الوضعي:

تعرض الفكر القانوني الوضعي إلى نفس الإشكالية[1] التي تعرض لها الفكر الإسلامي والمتعلقة بالحرية الإنسانية الدائرة بين الجبر والاختيار، وقد انشطر الخلاف في الفكر الوضعي إلى ما انشطر الخلاف فيه في الفكر الإسلامي، إلى ثلاث مدارس قانونية[2].

1- المدرسة التقليدية:

إن المسيرة التي قطعتها المدرسة التقليدية منذ نشأتا في منتصف القرن الثامن عشر جعلتها تمر ونظرا لظروف عدة بطورين أساسيين هما:

- الطور الأول: المدرسة التقليدية الأولى
- الطور الثاني: المدرسة التقليدية الحديثة

وباعتبار أنما يقران أصلا واحدا تقوم عليه المسؤولية الجنائية فلا طير أن أتيت على دراستهما معا مع بيان أهم الفوارق القائمة، والمتعلقة أساسا بالمسؤولية الجنائية.

إذ لا خلاف بين المدرسة التقليدية الأولى والحديثة، في أن قوام المسؤولية الجنائية هو حرية الاختيار، فهي ترى أن الإنسان وبالنظر للمؤهلات التي يتمتع بها له القدرة على اختيار أفعاله ومن ثم توجيه إرادته وفق هذا الاختيار، إما إقداما على الفعل وإما امتناعا عنه. ولئن كانت هاتين المدرستين اتفقتا حول الأساس المتمثل في حرية الاختيار.

---

[1] القول بأنا نفس الإشكالية من باب التسمية لا غير.

[2] في حديثي عن هذه المدارس بما له علاقة مباشرة بموضوع هذا البحث أي ما أقرته هذه المدارس بالنسبة للمسؤولية الجنائية فالحديث عن كل ما أتى به فقه هذه المدارس لا يسع في هذا المقام

إلا أنها اختلفتا لاحقا حول نسبة هذه الحرية، إذ أن المدرسة التقليدية الأولى قد اعتبرت أن حرية الاختيار لدى الإنسان:" هي القدرة المجردة على الاختيار بين طريقي الخير والشر"[1]، وتعد هذه النقطة مبدأ الخلاف بين المدرستين: فالمدرسة التقليدية الأولى لم تول المجرم عناية كبيرة كتلك التي أولتها للجريمة بدليل أنها جعلت من حرية الاختيار حرية مطلقة بالنسبة لجميع الناس وهو أمر يحد من إمكانية قيام موانع تنفي المسؤولية الجنائية عن بعض المجرمين التي تنعدم أو تنقص لديهم الأهلية الجنائية، الأمر الذي جعلها تنكر إمكانية قيام مسؤولية مخففة أو ناقصة بالنسبة لهذه الفئة من المجرمين،

فالقول بوجود حرية مطلقة بالنسبة لجميع الناس أمر لا يقره عقل ولا منطق إذ التفاوت بين الناس قائم لا محال وهو تحديدا ما عارضته المدرسة التقليدية الحديثة عند إنكارها لفكرة التجريد والإطلاق وإقرارها بالتالي لفكرة الحرية النسبية، وقد أمكن من خلال ذلك إيجاد توسيع في دائرة الموانع التي لم تقتصر على حالة الجنون كما كان الأمر قبلا، فالمدرسة التقليدية الحديثة تذهب إلى أن: "تحقيق العدالة في تقدير العقاب يقتضي النظر في شخصية المجرم، وأخذها في الاعتبار عند ذلك كافة نواحيها الشخصية والنفسية والاجتماعية وأدى هذا بها أيضا إلى توسعها في نطاق موانع المسؤولية فلم تقتصر على المجانين، كما اعترفت بالمسؤولية المخففة لأشباه المجانين"[2]. وهو دليل على أن المدرسة التقليدية الجديدة وان احتفظت بالطابع التقليدي لها إلا أنها لم تنس أن تولي المجرم كشخص بعض ما يستحقه، ولكن ومع ذلك فإن أهم ما أعيب على هذه المدرسة عموما أنها توجه اهتمامها أساسا إلى الفعل باعتباره خطيئة يوجب التكفير عنها، مهملة بذلك شخص الفاعل.

---

[1] حسن صادق المرصفاوي: نفس المصدر السابق ص 17.

[2] المصدر السابق ص21.

وعلى أعقاب هذه المدرسة والانتقادات التي وجهت لها، وفي ظروف مغايرة نسبيا ظهرت المدرسة الايطالية والتي اشتهرت بالمدرسة الوضعية.

2- المدرسة الوضعية:

المدرسة الوضعية أو المدرسة الايطالية، وقد تلى ظهور هذه المدرسة، المدرسة التقليدية الأولى والحديثة، وكان من بين أهم الأسباب المجمع عليها بين الباحثين والتي ساهمت في نشأتها فشل المدرسة السابقة –إلى حد ما[1]- في تحقيق نتائج مرضية من خلال ما قدمته من حلول في سبيل مواجهة المشاكل التي كانت تتخبط فيها دول أوربا آنذاك، كما صاحب ظهورها جملة من التطورات والمستجدات في مجال الأبحاث العلمية، وهو ما كان له بالغ الأثر فيما جاءت به هذه المدرسة من أفكار إذ أنها اعتمدت في تقريرها لما جاءت به على واقع التجربة، وتمثل جوهر ما نادت به هذه المدرسة أن الإنسان على خلاف ما أقرته المدرسة التقليدية -الأولى والحديثة- ليس حرا في اختياره بل مجبر منساق إذ اعتبرت أن الإنسان لا يرتكب الجريمة بملء إرادته هو بل ثمة عوامل دخيلة على هذه الإرادة تؤثر عليها فتعدمها. وكانت النتيجة المنطقية لإقرارها لمثل هذا الأساس أن جعلت من مسؤولية المجرم مسؤولية اجتماعية نافية بذلك أن تكون مسؤوليته مسؤولية أخلاقية والسبب في ذلك أنها ترى بضرورة وقاية المجتمع من ظاهرة الإجرام، وهي ظاهرة تقع مسؤولية ردها ومحاربتها على المجتمع بأسره وذلك بقطع دابر كل ما قد يؤدي إلى حدوث الجريمة.

وفي سبيل وقاية المجتمع من الجريمة، اقترحت هذه المدرسة جملة من التدابير الواجب اتخاذها ضد الجناة، واعتبرت أن هذه التدابير رد فعل طبيعي من

[1] لأنها وبالرغم من وجود النقائص التي أتت به هذه المدرسة إلا أنها استطاعت من خلال ما جاءت به، إقرار العماد الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية.

المجتمع ضد ما يهدده من أخطار[1]. على أن هذه التدابير تختلف من مجرم لآخر، وبما أنها "وجهت اهتمامها إلى شخص المجرم دون الفعل المسند إليه"[2] فإن اختلاف هذه التدابير يكون مرهونا بمدى خطورة هذا المجرم والسبب في ذلك أن "...المسؤولية في نظرهم لا تقاس بتمييز الفرد أو حرية إرادته، وإنما تقاس بمعيار واقعي هو "درجة خطورته" "[3]. لهذا رأت أنّ "تخفيف المسؤولية بالنسبة إلى ناقصي الإدراك والإرادة قد لا يكون سليما بسبب ما فيهم من خطورة على المجتمع" [4]وهي بذلك نفت[5] ما ذهبت إليه المدرسة

---

[1] انظر: توفيق الشاوي: المصدر السابق ص 38-39، محمد نجيب حسني: المصدر السابق ص 22 وما بعدها، حسن صادق المرصفاوي: المصدر السابق ص 23.

[2] المصدر السابق ص 22.

[3] توفيق الشاوي: المصدر السابق ص 39.

[4] حسن صادق المرصفاوي: المصدر السابق ص22.

[5] اختلف فقه المدرسة الوضعية اختلافا كليا، عن فقه المدرسة التقليدية ومردّ هذا الاختلاف يعود إلى مبنى فقه كل منها، ففي حين كان مبنى فقه المدرسة التقليدية الأساس الديني باعتبارها وريثة الفقه الكنسي، كان مبني فقه المدرسة الوضعية الأساس العلمي البحث المرتكز على المشاهدة والتجربة، ولهذا فقد كان طبيعيا أن يأت إقرارهم لقوام المسؤولية الجنائية متباينا تمام التباين، كما يعود السبب في ذلك أيضا إلى الاختلاف القائم في تحديد المفاهيم المتعلقة بكل من الجريمة والجزاء، فإذا كانت الجريمة في الفقه التقليدي تعبر عن معنى الخطيئة فإنها في فقه المدرسة الوضعية تعبر عن "...ظاهرة اجتماعية ناشئة عن عوامل طبيعية أو اجتماعية لا اختيار للمجرم فيها" حسن صادق المرصفاوي: نفس المصدر السابق ص24، وعليه فقد كان الجزاء في فقه المدرسة التقليدية هو العقوبة التي تحمل في طياتها كل معاني الردع والزجر، بينما اتخذ الجزاء في فقه المدرسة الوضعية طابع التدابير وجعل اتخاذها منوطا بمدى خطورة الجاني وسوت في اتخاذها لها (رأي للتدابير) بين كل الجناة على حد سواء لا فرق بين عاقلهم ومجنونهم، ولا بين صغيرهم وكبيرهم.

وخلاصة القول: أنه إذا كانت المدرسة التقليدية ترى بأن المسؤولية الجنائية مسؤولية أخلاقية قوامها الإدراك (أو التمييز أو الوعي على خلاف في الألفاظ التي استعملها القانون الوضعي) وحرية

التقليدية –الأولى والحديثة- عندما اعترفت بإمكانية وجود موانع تصرف عن الشخص أو تخفف إلى حد ما من مسؤوليته الجنائية، بل لم تكتف بذلك فقد سلمت هذه المدرسة بوجود خطورة إجرامية عند هؤلاء مما يستلزم اتخاذ الإجراء اللازم نحوهم.

ولعل أهم ما أعيب على هذه المدرسة أخذها بمبدأ الجبرية أو الحتمية إذ كيف لمدرسة تعتمد على واقع التجربة والمشاهدة أن تتبنى مثل هذه الفكرة " فإنكار حرية الاختيار أمر لا يقره عقل إذ التسليم به يعني مساواة الإنسان بالكائنات الأخرى التي لا يتوافر لديها الوعي والإرادة، بل مساواته بالجمادات..."[1]، وعلى أعقاب هذه المدرسة وما وجه لها من انتقادات ظهرت المدرسة الوسطية.

3- الرأي التوفيقي أو المدرسة الوسطية:

في محاولة جديدة للنهوض بالسياسة الجنائية من عثرتها، ظهرت أصوات منددة بضرورة إيجاد حل لما هو عليه الحال في القانون الجنائي. وبما أن إيجاد نظريات جديدة أو فقه جديد كذاك الذي جاءت به كل من المدرسة التقليدية –الأولى والحديثة- والمدرسة الوضعية كان يعد أشبه بالمستحيل في خضم الأوضاع التي سادت أوربا آنذاك، ذهب رأي في الفقه إلى محاولة جمع ما تعارض بين المدرستين السابقتين للخروج برأي توفيقي أو مدرسة وسطية. وقد تمثلت هذه المحاولات في:

- المدرسة الثالثة.

الاختيار، فإن المدرسة الوضعية ترى أن المسؤولية الجنائية مسؤولية اجتماعية قوامها أهلية الإجرام ومحلها الخطورة الإجرامية.

لمزيد من التفصيل انظر: توفيق الشاوي: المصدر السابق ص 39، عبد الفتاح مصطفى الصيفي: المصدر السابق ص 33، عادل يحيى قرني علي: المصدر السابق ص 25 وما بعدها و ص60 وما بعدها؛ حسن صادق المرصفاوي؛ المصدر السابق ص11-12.

[1] عبد القادر القهوجي: علم الإجرام وعلم العقاب ص 197.

- الاتحاد الدولي للقانون الجنائي سنة 1880.
- الجمعية الدولية للقانون الجنائي سنة 1924.

وقد ظهر نتاج هذه المحاولات التوفيقية أو المدرسة الوسطية بما هي علية اليوم التشريعات الجنائية المعاصرة، ورغم القول بأنم قد "تجنبوا البث في مشكلة الجبر والاختيار"[1]إلا أن هذا لم يمنع المدرسة الوسطية من إقامة المسؤولية على أساس أخلاقي [2]لا اجتماعي، وبالتالي تكون قد نفت أن يكون الإنسان مسير لا مخير.

لكن هذا لا يعني أن فقه المدرسة الوضعية مردود كليا، بل جعلت التدابير إلى جانب العقوبات.

وفرقت بينهما من حيث التنفيذ إذ جعلت العقوبات لمن اكتملت أهليته الجنائية، بينما اشترطت لوضع التدابير اللازمة فقدان أو نقصان الأهلية لأن فقد الأهلية أو نقصها لا يحول دون الخطورة الكامنة في أصحابا وبالتالي كانت مسؤولية هذه الفئة مسؤولية مخففة على خلاف الفئة الأولى[3].

فما هو – بعد هذا العرض- رأي القانون الجنائي الجزائري بخصوص المسألة.

4- إشكالية الحرية الإنسانية في القانون الجنائي الجزائري وموقفه منها:

لما كانت التشريعات العربية المعاصرة مشتركة الأصول نظرا لامتداد جذورها إلى القانون الفرنسي، كان العماد الذي بنيت عليه المسؤولية الجنائية واحد بين الجميع[1].

---

[1] عبد القادر القهوجي: المصدر السابق ص.200

[2] إن إقرار المدرسة حرية الاختيار عمادا للمسؤولية الجنائية أمر منطقي إذ يتعذر بناء الأحكام من دون إبراز للأساس.

[3] انظر توفيق الشاوي: المصدر السابق ص 42- 43-44 ، محمد نجيب حسني: المصدر السابق ص 27 وما بعدها، حسب صادق المرصفاوي: المصدر السابق ص 25 وما بعدها.

[1] انظر: توفيق الشاوي: المصدر السابق ص .45

وقد اعتمدت هذه القوانين على طريقتين اثنين ليبين من خلالها موقفها من القضية، فكان عند البعض من هذه القوانين بطريق التصريح وعند البعض الآخر بطريق التعريض.

ويمكن القول أن التشريع الجزائري قد عمد إلى اختيار الطريقة الثانية فنجد أن مواده عكست وبصورة جلية جدا موقفه من القضية إذ يقول عبد الله سليمان:" والثانية تتمثل في القوانين التي لا تشير صراحة إلى شرطي المسؤولية، ولكنها تنص على موانع المسؤولية مما يفيد استخلاص شرطي المسؤولية ومثاله: قانون العقوبات الجزائري الذي يسقط المسؤولية عن المجنون (مادة47) وعن المكره
(مادة48) وعن الصغير (مادة 49)، مما يفيد أنه يشترط الأهلية الجنائية وحرة الاختيار لقيام المسؤولية الجنائية"[2] كمسؤولية أخلاقية.

وإن كان التشريع الجزائري قد اعتمد مثله مثل باقي التشريعات المعاصرة، على ما أتت به المدرسة الوضعية بشأن المجرمين الذين لا تتوافر أو تناقص لديهم الأهلية الجنائية ولا يمكن توقيع العقوبة عليهم، بوجوب اتخاذ التدابير اللازمة ودرأ خطرهم عن المجتمع[3].

وبناءا على ما سبق يمكن ترجيح الرأي القائل بأن الإنسان حر في اختياره - ليس المقصود الحرية التي نادت بها فرقة المعتزلة-، لأفعاله غير مجبر ولا منساق إليها، إذ بهذا فقط يستقيم القول بتكليف الإنسان وبهذا فقط يمكن أن يكون للحساب والجزاء معنى، إذ ماكان لله تبارك وتعالى ليشرع ما فيه ظلم للعباد.

---

[2] المصدر السابق ص 1/ .245

[3] انظر: قانون العقوبات من المادة 19 إلى المادة 26 ،رضا فرج ن المصدر السابق ص 369/368 ،عبد الله سليمان: المصدر السابق ص 245/1 وما بعدها.

وعلى أساس حرية الاختيار وقبلها الإدراك يكون الإنسان مسؤولا جنائيا عن كل ما يقترفه وملزم بتحمل نتيجة أفعاله مهما كانت.

وبدون أحد هذين الشرطين أو الدعامتين لا يمكن القول بثبوت المسؤولية الجنائية ولا بتحميل الشخص تبعة أفعاله لأنه عندئذ نكون بصدد الموانع الطارئة على المسؤولية الجنائية لتعدمها أو تنقص منها.

بيد أن الحديث عن الموانع يعقبه قبلاً حديث من نوع آخر يعبر من خلاله عن مراحل التدرج فلا يكفي القول بصلاحيته للحكم بمسؤوليته إذ لابد من بيان لنوع العقوبة الذي يفترض توقيعها والذي لا يتأتى إلا من خلال بيان نوع المسؤولية ودرجتها المتأرجحة بين العمدية والخطأ على ما سيتبين، كما أنّ في كشف الغطاء عن الصلة النفسية التي قامت وقت الجريمة بين الفاعل وفعله من شأنا إبراز مدى نسبة الفعل إلى فاعله وذلك اعتمادا على كلّ الوسائل والطرق المشروعة شرعًا وقانونا المعدّة لعملية الإثبات.

وهذا يعني أيضا إثبات عصيان وتمرد الجاني على القواعد الآمرة والناهية مما تسبب في وقوعه في إثم العصيان، والذي يعد السبب الرئيسي للبحث في موضوع كهذا الموضوع.

المطلب الثالث:أثر الإدراك وحرية الاختيار في **مراحل تدرج المسؤولية الجنائية**

الفرع الأول: القصد الجنائي:

تأخذ المسؤولية الجنائية في ثبوتا درجات مختلفة ولهاته الدرجات صلة وثيقة بالكيان النفسي الذي يكون عليه الجاني وقت الجريمة.

وهي بذلك إمّا عمدية وإمّا غير عمدية، فإن كانت عمدية فما المقصود بالعمد، أو القصد وما أوجه وجودها، وإن كانت غير عمدية فما المقصود من الخطأ وما أوجه قيامه

أولاً: مفهوم القصد الجنائي في **الفقه الإسلامي وأنواعه:**

1- القصد الجنائي في **الفقه الإسلامي:**

أ- القصد في **اللغة:** مأخوذ من مادة قصد، يقال قَصَدَ يَقْصِدُ قَصْدًا فهو قَاصِدْ، وهو بمعنى إتيان الشيء ومنه قصدت الشيء أي أتيته[1]. ويعبر عنه في لغة الفقهاء أيضا بالعمد.

ب- العمد في **اللغة:** مأخوذ من مادة عمد يقال عَمَدَ يَعْمَدُ عَمْدًا وعمد إليه وتعمّد، ومنه تعمّدت إتيان الشيء أي قصدته على عينٍ بمعنى على جد ويقين[2].

لهذا كان العمد عكس الخطأ ولهذا أيضا إستعمل كلٌ منهما للدلالة عما يأتيه المدراك المختار من أفعال وأقوال وأنه إذا أتاها على نحو ما وصفت فهو عن بّينة منه لما آل الأمر أو عاقبته.

---

[1] انظر: لسان العرب : باب القاف (مادة قصد) 179/11؛ الصحاح: باب الدّال، فصل القاف (مادة قصد) 524/2 القاموس المحيط: باب الدّال، فصل القاف (مادة قصد) ص281.

[2] انظر لسان العرب: باب العين (مادة عمد) 387/9-388؛ الصحاح: باب الدّال، فصل العين (مادة عمد) 511/2؛ القاموس المحيط: باب الدّال، فصل العين (مادة عمد) ص273.

ج- القصد في الاصطلاح:

القصد الجنائي أو العمد يقصد به اتجاه النية إلى تحقيق الفعل وتحقيق النتيجة معًا أي في نفس الوقت، ويكون لهذا القصد أو العمد اعتبار شرعا عندما يصدر عن إدراك صحيح وإرادة حرّة مختارة ومما جعل محاولة التثّبت من تحقيق القصد أو العمد من الأمور العسيرة لتعلقها بالمسائل النفسية الخفية، غير أنّ هذا القول لا يعني انعدام إمكانية التوصل لمعرفتها بل قد أقام الشرع الإسلامي في العديد من المسائل الخفية أمورا ظاهرة تناط بها كالبلوغ الذي أنيط كأمارة ظاهرة على اكتمال العقل ونضجه.

وإذ نجد أنّ بيان العلماء لمعنى العمد أو القصد الجنائي جاء في كل الأحيان مقرونا ببيانهم الآلات التي استعملها الجاني أثناء تنفيذه لجريمة القتل ونذكر على سبيل المثال ماجاء في تعريفهم:

- " أن يضربه بمحددٍ وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدّ فيجرح من الحديد..."[1]
- "... فالعمد هو أن يتعمد ضربه بسلاح وما يجري مجراه ممّا له حد يقطع ويجرح لأنّ العمد والقصد ممّا لا يوقف عليه"[2].

والقصد الجنائي أو العمد أنواع وأقسام، ويعد بيان كل قسم من هاته الأقسام هو مزيد بيان لمعنى العمد أو القصد الجنائي بمفهومه الواسع.

2- أنواع القصد الجنائي في الفقه الإسلامي:

أ- القصد العام والقصد الخاص

---

[1] ابن قدامة: المغني 321/9.

[2] ابن نجيم: الأشباه والنظائر 327/8.

القصد العام هو ما كان تحققه عن إدراك وإرادة حرّة وما اشترط وجوده في كل أنواع الجرائم مهما تباينت درجة الجسامة فيما بينها.

ففي جرائم الضرب يكفي في تحققها وجود القصد الجنائي العام والذي يرتب عليه الفقهاء لا القتل العمد بل شبه العمد، إذ نجد أن تعريفهم لشبه العمد على أنه:"وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبًا إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير... وسائر ما لا يقتل غالبا إذا قتل فهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل... فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل..."[1]؛ "...وإن قصدهما بما لا يقتل غالبًا فشبه عمد ومنه الضرب بسوط أو عصا"[2]

أمّا القصد الخاص فهو ما كان وجوده شرط في بعض الجرائم كجريمة الإعتداء على النفس الذي يستلزم تواطر قصدًا جنائيا خاصا ولهذا عرفه الفقهاء بأنه: "...العمد هو قصد الفعل والشخص لما يقتل غالبا...".[3]

ولما كان القصد الجنائي الخاص مثله مثل القصد الجنائي العام يقوم على أساس إدراك صحيح لماهية الأفعال وتقدير النتائج وعلى أساس اختيار سليمة لا معيبة، فإن مجرد تحقيق الفعل لا يكفي بل يتعداه لأكثر من ذلك أي إلى معرفة الغاية من ارتكاب الجريمة فإن كانت الجريمة قتلا مثلا: فقد تكون الغاية من القتل إرثًا ينوي الإستلاء عليه أو خصما ينوي إزاحته عن طريقه، وفي كل هذا تكون

---

[1] ابن قدامه: المصدر السابق 337/9.

[2] الشر بيني: مغني المحتاج 214/5، وإن كان العلماء قد اختلفوا في قتل شبه العمد بين مثبت له وناف له إذ يذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى القول بأنّ القتل عمد و خطأ وشبه عمد ويخالفهم مالك رحمه الله في ذلك إذ يعتبر أنّ القتل عمد وخطأ ولا اعتبار لشبه العمد إلا ما كان بين الأب والابن.

انظر: بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 225/4.

[3] المصدر السابق 212/5.

النية الجرمية التي وجهت لا إلى تحقيق الفعل فحسب بل إلى نتيجة وغاية مسطرة وبناءا عليه يرتب الفقهاء على هذا القتل مسؤولية عمدية بناءا على قصد جنائي خاص.

ب- القصد المباشر والقصد الاحتمالي:

القصد المباشر هو كل قصد أراد من خلاله الجاني تنفيذ الفعل واتجه صوبا نحو تحقيق الهدف كمن قصد قتل زيد فصوب وأطلق فكان مقتله، بخلاف القصد الاحتمالي[1] وهو الذي يقدم صاحبه على اقتراف فعل غير متوقع أنه سينجرّ عنه نتائج وخيمة كتلك التي حدثت، أي أن فعله لم يقتصر على النتيجة التي كان من المتصور وقوعها بل قد امتدت إلى غيرها شريطة أن تكون هاته النتائج من التي جرت العادة وقوعها.

وفي كل الحالتين سواء أكان القصد مباشرا أم احتماليا يرتب على الجاني مسؤولية أفعاله الجنائية بل وحتى بناءا على القصد الاحتمالي لأن ترتب نتائج لم تكن في الحسبان لا ينفي كون ما أقدم عليه من الأفعال الخطرة التي يفترض أن يتصور الجاني على إثرها أخطر النتائج.

وقد اختلف الفقهاء حول مقدار الأخذ بالقصد الاحتمالي، وقد كان مدار الخلاف حول الإعتداء على النفس، في حين اتفقوا على الأخذ بالقصد الاحتمالي حول الإعتداء على ما دون النفس.

1- آراء الفقهاء حول المسألة:

---

[1] لن نجد في كتب الفقهاء القدامى من تكلم عن القصد الاحتمالي بالمصطلح الذي هو عليه حديثا غير أننا نجده بمضمونه وفحواه لا بلفظه المستعمل.

- انظر عبد القادر عوده: المصدر السابق1/418-430، عبود السراج: المصدر السابق 1/216-219.

- **الرأي الأول:** وأصحاب هذا الرأي هم المالكية ويرون بأن كل من اقترف فعلا متعمدا تصور من خلال اقترافه؛ النتائج أو لم يتصور ما أسفر عنه فإنه يسأل إذا كانت تلك من النتائج المتداول حدوثها[1]، كمن لطم شخصًا فكان ذلك سببًا في ذهاب بصره، والذي ضرب بلطمة أو بعصا أو بغيرها أو جرح وكان بقصد الإعتداء وأفضى ذلك إلى وفاة المني عليه عد الجاني قاتلاً قتلاً عمدًا، وسواء كان ذلك في الإعتداء على النفس أو على ما دون النفس فالأمر سيّان عند المالكية إذ يرون بالقصد الإحتمالي في كل الأحوال.

- **الرأي الثاني:** وأصحاب هذا الرأي هم الأحناف ورأي مرجوح في مذهب الحنابلة ولا يرون بالقصد الإحتمالي في القتل العمد فالقتل بالنسبة لهذا الرأي إمّا أن يكون عمدًا أو خطأً أو شبه عمد، فإن كان عمدًا فهو تعمد النتيجة التي هي قتل المني عليه وإن كان غير ذلك بأن قصد الفعل دون النتيجة كان القتل شبه عمد وبين هذا وذاك لا مجال للحديث عن القصد الإحتمالي في ظل القتل العمد عند أبي حنيفة.

أمّا في غير القتل العمد فيأخذ الحنفية بالقصد الإحتمالي في جرائم الإعتداء على ما دون النفس فمن كان اعتداءه بالضرب سببًا في فقد عضو من الأعضاء عُدّ مسؤولاً عن فعله[2].

الرأي الثالث: وأصحاب هذا الرأي هم الشافعية والرأي الذي عليه العمل في مذهب الحنابلة وهؤلاء يرون بأنه لا مجال للقول بالقصد الإحتمالي في دائرة الحديث عن القتل العمد وهو بذلك يوافقون الرأي السالف، فقد "أجمع العلماء على أنّ القصد لا يجب إلا بالعمد ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد..."[3]؛

---

[1] انظر: الحطّاب: مواهب الجليل 203/8-204؛ الإمام مالك: المدونة الكبرى 308/16.

[2] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 410/9؛ ابن نجيم: البحر الرائق، 327/8-728.

[3] ابن قدامة: المصدر السابق 333/9.

أمّا فيما يتعلق بغير القتل العمد فيرون أنه إذا كان ما حدث قصده وإن لم يقصد النتيجة بعد فيسأل عن مسؤولية شبه عمد، وإذا كان ما ارتكبه عن عمد أو قصد سأل عنه مسؤولية عمدية[1].

2- سبب الخلاف: يعود بالدرجة الأولى إلى التقسيم الذي عليه الفقهاء فالذي رأى بالتقسيم الثلاثي درأ القصد الإحتمالي عن القتل العمد وحلّ محله شبه العمد أما الذي رأى بالتقسيم الثنائي، أخذ بالقصد الإحتمالي في الحالتين:

- في الإعتداء على النفس.
- في الإعتداء على ما دون النفس.

وبالرغم من هذا الخلاف الفقهي ينتهي القول إلى أن مسؤولية الجاني الجنائية لا تخرج عن العمدية إلا في حالة ما إذا كان فعله ممّا لم يتصور عنه مثل هاته النتائج بالمرة فكان ما وقع بسبب الإهمال والرعونة يسأل عنه بناءا على توافر الخطأ ممّا يجعل درجة تبعته أخف بكثير ممّا عليه الحال في العمد.

ج- القصد المحدّد والقصد الغير محدّد:

القصد المحدّد عند الفقهاء المسلمين هو ما سطر الجاني أهدافه وغاياته وأفراده منذ البداية بشكل لا مجال فيه الاشتباه في ظل التعيين أو التحديد.

ويكمن التحديد فيه بالنسبة للجاني في الغايات التي يبغي تحصيلها من خلال الفعل المقترف.

كما يقوم على الشخص المراد الإعتداء عليه هو بعينه لا غير أو على جماعة معينة هي بالتحديد لا غير، إذ يمكن القول أنه لا عبر ة بالكم عند التحديد في ظل القصد المحدد بل بالوصف.

أما القصد الغير محدد فيقوم على عدم تعيين الغايات ومعنى هذا القول أنه وإن كان يعي مآل الفعل المقدم عليه، إلا أنه لم يتعين له مسبقا شخص الني عليه،

---

[1] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 410/9؛ الأم: الشافعي 6/6-8.

ويضرب الفقهاء لذلك مثلا بحفر بئر في طريق يتضرر بسقوطه في الحفرة كل من يمرّ بها من دون تحديد سالف، أو كمن رمى بقنبلة على جمع من دون تحديد للقتلى.

أما قيام المسؤولية الجنائية من عدمها في حال القصد المحدّد وغير المحدّد فإنّ للعلماء آراء نقف عليها هاهنا:

1- آراء الفقهاء في المسألة:

- **الرأي الأول:** ذهب الفريق الأول وهم الحنفية والحنابلة إلى أنه لا فرق بين قصد محدّد وغير محدّد فمسؤولية الجنائية ثابتة في كل الأحوال لأن العبرة بما آل إليه الفعل من نتيجة[1].

- **الرأي الثاني:** وهم المالكية و الشافعية وذهبوا إلى التمييز في إثبات المسؤولية الجنائية بين القصد المحدد وغير المحدّد.

فإذا كان القصد محدّد فإنه لا مفرّ من ثبوت مسؤولية الجنائية، وهو يوافق ما عليه الرأي الأول.

أما إذا كان القد غير محدّدًا فإنهم قد اختلفوا:

إذ يرى المالكية أنه في حال القتل المباشر لا فرق بين محدّد وغير محدّد إذ يعدّ مسؤولاً عن قتل العمد غير أنه يكمن مقدار الفارق في القتل بالتسبب فإذا قصد تعيين شخص بالذات دون سواه فهو عمد أما إذا لم يقصد شخصًا بالتحديد فهو قتل خطأ[2].

---

[1] انظر الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 233/7، ابن قدامه: المغني 321/9-336.

[2] يفرق الفقهاء بين القتل المباشر وبالتسبب بقولهم:" إن الفاعل لا يخلو إما قصد عين الني عليه فإن قصد بالفعل المؤدي إلى الهلاك بلا واسطة فهو المباشرة وإن أدى إليه بواسطة فهو السبب كالشهادة بموجب القصاص..." ، الشربيني: المصدر السابق 216/5 وانظر أيضا: الحطاب: المصدر السابق 305/8.

وأما الشافعية فيرون أن الجاني يسأل عن قتل عمد إذا كان القصد محدّدًا أما إذا كان قصدًا غير محدّد فإنه يسأل عن قتل شبه عمد[1].

ثانيا: مفهوم القصد الجنائي، في القانون وأنواعه:

1- القصد الجنائي في القانون:

لن يجد المطلّع على نصوص قانون العقوبات الجزائري تعريفا للقصد الجنائي وهو في هذا مثله مثل باقي التشريعات، إلا ما يلتمسه القارئ في بعض المواد من إشارة لضرورة إشتراط القصد الجنائي في بعض الأفعال كالمادة 73 عقوبات والتي تنص على أنه:" يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 3000 إلى 30.000 دينار كل من يرتكب عمدا أي عمل من شأنه..."، ومثلها المادة 254 عند بيانه لمعنى القتل إذ تنص على أنه:" القتل هو إزهاق روح إنسان عمدًا" وكذلك 264:" كل من أحدث عمدًا جروحًا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإعتداء...."[2].

وعلى هذا يعرّف شرّاح القانون القصد الجنائي بأنه: " القصد علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها"[3].

بحيث يتفق أهل القانون على ما جاء في الفقه الإسلامي من أنه لا يمكن الحديث عن القصد الجنائي في غياب ركنيه: العلم والإرادة.

إذ يقوم ركن العلم حول علم الجاني وإدراكه بكافة ما يحيط الواقعة الإجرامية من ماديات ونتائج متوقعة وإلى جانب ذلك يأت ركن الإرادة والمتمثلة في إرادة السلوك نحو تحقيق الفعل والنتيجة في نفس الوقت، كأن يكون الجاني على

---

[1] انظر: البجميري: حاشية البجميري 130/4؛ الشربيني: المصدر السابق 213/5.

[2] انظر أيضا على سبيل المثال لا الحصر المواد: 155-160-180.

[3] محمود نجيب حسني: المصدر السابق ص 375.

علم بأن القتل هو إعتداء على حق إنسان في الحياة وتحققه ينتج عنه موت المني عليه.

وإن كان يفرّق أهل القانون بين القصد الجنائي والعمد، إذ يقف الشرّاح على التفرقة بين هذين النوعين من حيث أن القصد الجنائي هو: "النّية الجرمية التي تتكون خلال فترة زمنية قصيرة يعقبها التنفيذ مباشرة، كحالة من يتشاجر مع آخر ثم يقدم على إطلاق النار عليه..."[4] في حين يعرف الشرّاح العمد على أنه: " ...القصد المبيّت، أي النية الجرمية التي تتكون خلال مدة زمنية كافية يزول فيها الإنفعال، تستقر النفس، ويتوطد العزم..."[5]، ويشير إلى ذلك قانون العقوبات الجزائري في المادة 256 بقوله: "سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الإعتداء على شخص معّين..." ويقول أهل القانون في حكم قاضي الموضوع بسبق الإصرار ممّا يمكن استخلاصه من ظروف الحال ومن الحقائق والوقائع التي اقترن تواجدها اقتراف الجريمة، ويزيد البعض على ذلك الفارق الزمني أي المدة الكافية التي يتّخذها الجاني للتخطيط للجريمة ممّا يتبّين ترويه واستعداده بالقدر اللازم للتنفيذ[6]، وإن كان البعض الآخر لا يرى القول بذلك ويعتبر أنّ المدة الزمنية غير كفيلة بإقامة الفارق بين القصد الجنائي وبين العمد بل الأولى ترك لقاضي الموضوع الكشف عمّا إذا كان الجاني قد اقترف الفعل عن سيق إصرار أم لا[7].

---

[4] عبود السراج: التشريع الجزائري المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري 209/1.

[5] المصدر السابق 209/1.

[6] محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم الخاص- ص43-46.

[7] انظر: عبود السراج: المصدر السابق 209/1-110.

وإن كنت أرى بوجاهة الرأي الثاني من الأوّل ذلك أنّ للجريمة ملابسات وظروف تغني في الكثير من الأحيان في بيانا والكشف عنها من المدة الزمنية عن إقامة الفارق بين القصد الجنائي والعمد عند من يقول بوجود الفارق.

ويعتبر سبق الإصرار أو توافر العمد في جريمة ما من الأمور التي يشدّد قانون العقوبات الجزائري فيها بحيث يرّتب عليها العقوبة الأشّد، فإذا كان يعاقب قانون العقوبات الجزائري على القتل مثلاً بناءًا على توافر القصد الجنائي حسب ما هو منصوص عليه في المادة 5 عقوبات: "... السجن المؤّبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة.." فإّنه في حال القتل العمدي يعاقب بالإعدام حسب ما هو منصوص في المادة 261 عقوبات: " يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل..." والمادة 263 عقوبات: " يعاقب على القتل بالإعدام إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى...".

2- أنواع القصد الجنائي في القانون:

أ- القصد العام والقصد الخاص:

يوافق القانون الجزائري الفقه الإسلامي تمامًا من أنه لا يمكن أن تقوم للقصد الجنائي قائمة من دون إدراك وحرية اختيار وكما هو الحال في الفقه الإسلامي يقسّم القصد الجنائي إلى عام وخاص.

وإن كانت بعض المواد في قانون العقوبات لا تبرز بوضوح في أحيان كثيرة المقصود من القصد المشترط، أهو العام أم الخاص ومثال ذلك المادة 350 عقوبات[1].

في حين يظهر في مواطن أخرى مقصود قانون العقوبات من نصوص المواد فكما هو الحال في جرائم الجرح والضرب ينص القانون على ضرورة توافر

---

[1] انظر: عبد الله سليمان: المصدر السابق 265/1؛ محمد صبحي نجم: المصدر السابق –القسم الخاص- ص116-140.

قصد عام فيها كما جاءت المادة 264 التي تنص على أعمال العنف العمدية: " كل من أحدث عمدًا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف..."، كما أشار إلى ضرورة توافر قصد خاص في جرائم معينة منها على سبيل المثال المادة 395: " كل من وضع النار عمدًا في مبانٍ أو مساكن أو غرق أو خيم أو أكشاك... لمرتكب الجناية يعاقب بالإعدام".

ومثلها المادة 61 عقوبات: "يرتكب جريمة الخيانة ويعاقب بالإعدام كل جزائري وكل عسكري أو بحار في خدمة الجزائر يقوم بإحدى الأعمال التالية: "... القيام بالتخابر مع دولة أجنبية بقصد حملها على القيام بأعمال عدوانية..."

ب- القصد المباشر والقصد الإحتمالي:

وهو يمثل ما جاء به الفقه الإسلامي، فالمباشر هو الأساس الذي لا وجود من دونه للقصد الجنائي على اختلاف صوره وأقسامه وهو المطلوب في كلّ جريمة عمدية.

أمّا القصد الاحتمالي أو غير المباشر فهو ما كان موضوع بعض الجرائم دون بعضها الآخر كما هو الحال في أعمال العنف العمدية المشار إليها في المادة 264: "...وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدًا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

والمادة 399 في أعمال الهدم والتخريب والأضرار الناجمة عنها " في جميع الحالات لمنصوص عليها في المواد 396 إلى 398[1]، يعاقب مرتكب الجريمة بالإعدام إذا أدّى هذا الحريق العمد إلى موت شخص أو عدة أشخاص، وإذا تسبب الحريق في إحداث جرح أو عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤبد".

وكذا المادة 43 وما تسفر عنه المساهمة في كثير من الأحيان من نتائج " يأخذ حكم الشريك من إعتداء أن يقدم مسكنًا أو ملجأً أو مكانًا للاجتماع لواحد و أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضّد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضّد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي".

ج- القصد المعّين والقصد غير المعّين: ويّعد القصد المعّين هو بدوره إحدى صور القصد الجنائي وكلاهما يحّمل صاحبه تبعة عمله المقترف وسواء في ذلك

---

[1] تنص المادة 396 من قانون العقوبات بأّنه:" يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من وضع النار عمدًا في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له.

- مبان أو مساكن أو غرق أو خيم أو أكشاك ولو متنقلة أو بواخر أو سفن أو مخازن أو ورش إذا كانت غير مسكونة أو غير مستعملة للسكنى.

- مركبات أو طائرات ليس بها أشخاص.

- غابات، حقول مزروعة أشجارا أو مقاطع أشجار أو أخشاب موضوعة في أكوام وعلى هيئة مكعبات.

- محصولات قائمة أو قش أو محصولات موضوعة في أكوام أو في حزم.

- عربات سكك حديد محملة بالبضائع أو بأشياء منقولة أخرى أو فارغة إذا لم تكن ضمن قطار به أشخاص".

المادة 398: " كل من وضع النار عمدًا في أية أشياء سواء كانت مملوكة له أم لا وكانت موضوعة بطريقة تؤدي إلى امتداد النار وأدّى هذا الامتداد إلى إشعال النار في الأموال المملوكة للغير والتي عدّدتها المادة 396 يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

أحدّد الجاني مسبقا هوية الـني عليه أو لم يحدّد مثله في ذلك مثل الفقه الإسلامي إذ ينص قانون العقوبات المادة 403: " إذا نتجت وفاة شخص أو أكثر من إرتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادة 401 وفي الفقرة الأولى.

د- القصد والباعث:

اتضّح من أنّ القصد سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الجنائي الجزائري هو اتجاه النّية نحو تحقيق الفعل أو النتيجة وأنه لا يقوم من دون إدراك وحرّية اختيار، أمّا الباعث فهو على خلاف ذلك إذ يعرّف على أنه "...هو الدافع للإرادة والقوة المحرّكة لها أو العامل النفسي المتكوّن من العواطف الشخصية والرغبات الذاتية التي يسعى الجاني لإرضائها وإشباعها وكفايتها"[1].

ومهما يكن من أمر الباعث شريفًا كان أم رخيسًا فإنه لا يعتّد به كعذر لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون الجنائي إلا ما كان منه في حالة واحدة حفظها لنا تاريخ التشريع الإسلامي وهي السرقة بدافع الفاقة، الذي رأى فيها عمر بن الخطاب تعطيل الحدود عام الـاعة.

أمّا قانون العقوبات الجزائري فلم يأت على ذكر الباعث إلا في مادة واحدة 293 مكرّر: "... وإذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية، يعاقب الجاني بالإعدام أيضاً".

وعليه كان الدفع بامتناع المسؤولية الجنائية بحجة الدفاع عن العرض والنفس مثلاً لا مؤثر له ولا اعتبار بوجوده ولا بانعدامه، إذ يعتّد كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في قيام المسؤولية بتوافر القصد للإقتراف أو ما دونه وهو الخطأ ولا مجال بعدئذ للباعث.

الفرع الثاني: الجهل

أولاً: مفهوم الجهل في الفقه الإسلامي

---

[1] عبود السراج: المصدر السابق 210/1.

1- **الجهل** في **اللغة:** مأخوذ من مادة جَهَلَ، يقال: جَهَلَ جَهْلاً وجَهَالَةً ويطلق الجهل ويراد به عكس العلم، وفي محكم الت يل قوله جل وعلا: **"وَأَعْرِضْ عَنِ الجَاهِلِين"**[1]، وتجاهل الأمر ادّعى عدم العلم بالأمر، وأتى الشيء عن جهل منه أي عن غير علم منه[2].

2- في الاصطلاح: يعرّف الجهل بأنّه: "اعتقاد الشيء على خلاف ماهو به"[3]، وعليه نجد أنه ممّا تقرّر في التشريع الإسلامي أنّ الجهل لا يعدّ عذرًا مانعًا للمسؤولية الجنائية فلا تقبل دعوى الجهل بالأحكام في دار الإسلام وهو ما أطلق عليه الفقهاء الجهل بالحكم، كإدّعاء مسلم من العامة تحريم الزنا أو المخدّرات.

أما النوع الثاني من الجهل وهو ما يسمى الجهل بالعين فهو ما لحلوله تأثير على التبعة كمن جامع امرأة ظانًا منه أنها زوجته فإذا بها أجنبية عنه.

ويكفي في رفع دعوى عدم الجهل إمكانية حصول علم الإنسان بذاك الأمر لا بتحقق العلم فعليا كما يقول العلماء، ويزيد البعض أن الخطأ في التفسير كمن جهل الحكم الحقيقي لقاعدة قانونية سواء آمرة أو ناهية فاعتقد خلاف ماهو منصوص ظنًا منه أنه الصواب خطأ في التفسير ولذلك فإنّ الدفع بعدم العلم في هاته الحال يسقط ولا يصلح مبررًا.

ثانيًا: الجهل في القانون

لا فرق بين ما جاء به القانون الجنائي في نصوصه بخصوص مسألة الجهل ومدى أثره على التبعة التي يتحمّلها الإنسان وما جاء به الفقه الإسلامي.

---

[1] سورة الأعراف الآية 119.

[2] انظر: لسان العرب: باب الجيم (مادة جهل) 402/2، الصحاح: باب اللام فصل الجيم (مادة جهل) 1663/4، القاموس المحيط: باب اللام فصل الجيم (مادة جهل) ص 882.

[3] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 457/4.

إنّ ما تقرر في نصوص التشريع يدل خير دليل على أن ما أتى به القانون لا يخالف ما جاء به الإسلام ومثل الجهل في ترتب الأثر الغلط فكلاهما ينفي عن فاعله القصد في الفعل وان اختلفت زاوية كلّ منهما في تحققه فإذا كان " الجهل انتفاء العلم بالواقعة...- فالغلط هو- انتفاء العلم بحقيقته"[1].

والمهم ما يجتمع كلاهما هو انتفاء القصد ولا يقتصر هذا الأثر على الجهل والغلط فقط فالخطأ هو الآخر له من الأثر ما ينفي به القصد.

الفرع الثالث: الخطأ

أولاً: مفهوم الخطأ في الفقه الإسلامي وأنواعه

1- الخطأ في الفقه الإسلامي

أ- الخطأ في اللغة: الخطأ مأخوذ من مادة خَطَأَ، ومنه الخَطْءُ والخَطَأُ وأَخْطَأَ إِخْطَاءًا ويطلق الخطأ ويراد به ضد العمد ولهذا يسمى فاعله مخطئ أي أنه أراد أمرًا صوابًا فصار إلى غيره، عكس الخطيئة التي تطلق ويراد با الذنب ويسمى فاعله خاطئًا لِتَعَمُّدّه الوقوع في الذنب[2].

ب- الخطأ في الإصطلاح:

الخطأ هو كل: "...قول أو فعل يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التّثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه"[3].

يقول الله تبارك وتعالى في سورة الأحزاب: "**وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ**"[4].

---

[1] محمود نجيب حسني: المصدر السابق ص 391-400.

[2] انظر: لسان العرب: باب الخاء (مادة خطأ) 132/4، الصحاح: باب الألف المهموزة فصل الخاء (مادة خطأ) 47/1؛ القاموس المحيط: باب الألف فصل الخاء (مادة خطأ) ص38.

[3] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 534/4.

[4] الآية 5.

ويفهم من خلال هاته النصوص الواردة أنّ النظّام الإسلامي لا يؤاخذ الإنسان بما صدر عنه من طريق العمد فقط، غير أنّ ما جاء هاهنا لا يؤاخذ على إطلاقه ففي سورة النساء جاء قوله تعالى: "**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَأً، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٍ مُسلَّمَةٍ إِلَى أَهْلِهِ"**[1].

ليقرّر بذلك أنّ ما أحدثه الإنسان من جرائم عن طريق الخطأ يترتب عليه تبعة ويأثم على الجريمة لا بكونه تعمّد إتيانا وإنّما بكونه قصّر في تثبته وكان ما وقع في سببه إهمال منه أو تقصير. ودليل المؤاخذة ولو كان عن طريق الخطأ لقوله تعالى: "**رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا**"[2]، ووجه الدلالة: أنه لو لم يكن ذلك لما استلزم سؤاله والتوسل إليه طلبًا في عدم المؤاخذة[3].

غير أنّ المؤاخذة على الخطأ ليست نفسها المؤاخذة على العمد بل تخفف إلى ما دون المحاسبة على العمد، وهو ما يمثل درجات التبعة، فالخطأ أدنى من العمد بسبب عدم التعمّد إليه والسعي إلى تحقيقه ولمّا كان كذلك كانت عقوبته أخفّ فعلى سبيل المثال إذا كان العمد في القتل يوجب القصاص فإنّه في القتل الخطأ يوجب الدّية لا القصاص.

وقد جعلت الدّية من الحقوق المالية التي لا مجال لسقوطها لتعلّقها بحقوق العباد فلم: "...يجعل الخطأ عذرا في سقوط حقوق العباد حتى لو أتلف مال إنسان خطأ بأن رمى إلى شاة أو بقرة على ظن أنا صيد أو أكل مال إنسان على ظن أنه ملكه يجب الضمان لأنّه ضمان مال جزاء فعل فيعتمد عصمه المحل وكونه خاطئا معذورا لا ينافي عصمة المحل..."[4].

---

[1] آية 92.

[2] سورة البقرة الآية 286.

[3] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 534/4-537.

[4] المصدر السابق 535/4.

ويتفق العلماء في أن لوقوع الخطأ صورًا مختلفة فمنها الخطأ المحض ومنها ما جرى مجرى الخطأ، وإليك بيان كل صورة من صوره.

2- أنواع الخطأ:

أ- الخطأ المحض: ويسميه البعض الخطأ المتولّد[1] وهو ما تعمّد الشخص فيه إتيان الفعل سواء كان معتقدًا إباحته أو متيقّنا منها سلفا لكونه من الأفعال المباحة وسواء باشرها أو كان سبًبا فيها فإن ما أسرف عنه إتيان الفعل من نتائج كان بناءًا عن تقصير وإهمال وبالتالي فإنه كان بالإمكان تفادي ما حدث ومثال ذلك كمن قصد صيدًا يرميه فإذا به يصيب إنسان وهو ما يسمى خطأ في الفعل وكمن رمي جندي ظاًنا أنه من صفوف العدو فإذا به من جنود الوطن وهو ما يسمى بالخطأ في القصد وكمن حفر بئًرا في طرق للمارة ولم يعمل على التنبيه من المخاطر وهاهنا تسببًيا لا مباشرة.

أمّا وإن كان ما وقع ممّا لا يمكن تفاديه فمن المنطقي أن لا يسأل[2].

ب- ما جرى مجرى الخطأ: ويسميه البعض بالخطأ غير المتولّد ويقع دون أن يتعمد إتيان الفعل ولكن تقع أو تحدث العواقب الوخيمة رغم ذلك بسبب الرعونة وعدم الإحتياط ويستوي في ذلك أن يكون الفعل مباشرة أو تسبًبا ولعلّ إحدى أكثر الأمثلة ورودًا من يقع على صبي وهو نائم فيقتله[3].

ثانًيا: الخطأ في القانون

1- الخطأ في الإصطلاح القانوني:

---

[1] انظر: عبد القادر عودة: المصدر السابق 435/1.

[2] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 338/9-340؛ بن نجيم: المصدر السابق 330/8.

[3] انظر: ابن نجيم المصدر السابق 327/8؛ أبو بكر الجصّاص: أحكام القرآن 223/2؛ الكاساني: المصدر السابق 271/7؛ عبد القادر عودة المصدر السابق 435/1-438؛ عبود السراج: المصدر السابق 229/1.

ومثل الفقه الإسلامي يقوم القانون الجنائي الجزائري على اعتبار الخطأ من الأعذار التي وإن خففت المسؤولية الجنائية على إثرها فإنا لا تنعدم، ويشير القانون الجزائري إلى أن السبب في المؤاخذة مّرده أولاً وآخرًا إلى الطيش في السلوك لا إلى إرادة الفعل والنتيجة كما هو الشأن في القصد الجنائي.
وإن لم يذكر التشريع الجزائري تعريفًا له إلا أنه أشار إلى أساس حدوث الخطأ في المادتين 288و289 بقوله على سبيل في المادة 288:" كلّ من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة..."
وللخطأ أنواع وأقسام وبيانا فيما يلي:

2- أنواع الخطأ في القانون:

أ- الرعونة أو قلة الاحتراز: وهو ما يقع بسبب قلة الانتباه وسوء التقدير للأمور بالقدر المتطلّب ويكون ذلك بنشاط إيجابي منه للأمور بالقدر المتطلب ممّا ينتج عنه عواقبه الوخيمة ولعلّ أكثر الأمثلة ورودًا، القيادة التي صاحبتها السرعة المسموح با في أماكن تعجّ بالمارّة فيقع الحادث ويتسبب بالضّرر سواء أكان ذلك بإحداث وفاة الني عليه أو بإحداث عجز جزئي أو دائم به.

ب- الإهمال: وهو ما صدر منه عن إهمال لاتخاذ لوازم الحيطة والحذر بفعل سلبي منه، كمن حفر بئرًا في مكان دون وضع ما يقي المارّة أو ينبههم لموطن الخطر.

ج- عدم مراعاة الأنظمة: ويقع الخطأ في هاته الحال عند كل مخالفة للائحة التنظيمية ينص محتواها على فعل أو ترك يخالفه به فعل الجاني ما جاء في تلك

اللوائح، كمن لم يحترم قوانين المرور واللوائح التنظيمية للسرعة فكانت زيادة سرعته عن القدر المسموح به سببًا في وقوع الحادث[1].

وفي قانون العقوبات مواد عدة تنص على الخطأ كما هو مثال المادة 288 السالف ذكرها ومثال المادة 157: "يعاقب الحارس بالحبس لمدة شهر إلى ستة شهور إذا وقع الكسر نتيجة إهماله" ومثالها أيضا المادة 442: "...كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كليّ عن العمل يجاوز ثلاثة أشهر وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم...".

ولكل عذر من هاته الأعذار نصيب في التأثير على تبعته الجنائية ونصيب كذلك في تحديد مقدار العقوبة الموقعة.

---

[1] انظر: عبود السرّاج: المصدر السابق 1/224-227؛ محمد صبحي نجم؛ المصدر السابق ص56-58؛ عبد الله سليمان: المصدر السابق 1/269-287.

الفصل الثاني

أثر الموانع على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: موانع الإدراك

المبحث الثاني: موانع الاختيار

وارتأيت الإشارة قبل الخوض في تفاصيل الحديث عن موانع الإختيار أن أذكر سبب تقسيم الموانع على هاته الشاكلة أي إلى موانع إدراك وموانع إختيار.

خاصة إذا علمنا أن تصانيف هاته الأسباب الخمس محل الذكر في هذا البحث من النقاط التي اختلفت بخصوصها الآراء.

إذ أنه إذا أمعنا النظر في تصانيف القدامى من علماء الشريعة الإسلامية نجد أن الأصوليون منهم يصنّفون كل من صغر السن والسكر والجنون ضمن موانع المسؤولية الجنائية بينما لا نجد الحديث عن الإكراه والضرورة إلا عند من اعتبره كذلك لمدار الخلاف في كونه مانعا من عدمه، بينما نجد ذكر لهم في تصانيف الفقهاء في أبواب فقهية عديدة عند بيانهم لشروط المكلّف.

أمّا بالنسبة لأهل القانون فهم يرون بجعل كل من السكر والجنون، الصغر من موانع المسؤولية الجنائية بينما يعتبرون كل من الإكراه والضرورة موانع عقاب لا موانع مسؤولية وحجتهم في ذلك أن موانع المسؤولية إن تعلقت فإنها تتعلق بأهلية الجاني لتحمل التبعة، أمّا موانع العقاب فإنها تتعلق بالفعل فقط أو بعبارة أخرى إذا كانت موانع المسؤولية تبقي على وصف الجرم مع امتناع المسؤولية فإنّ موانع العقاب تمحي وصف الجرم.

وإذا اعتمدت في هذا البحث على دراسة وبحث هاته الأسباب في هذه الناحية رغم ما يدور حولها من خلاف فذلك لقناعة راسخة بأنّ هاته الأسباب وإن اختلف تكييفها من حيث الطبيعة إلا أنّ الذي لا نقاش فيه أن كل هاته الأعذار تشترك في أمر واحد وهو الأثر الذي تحدثه.

المبحث الأول: موانع[1] الإدراك

المطلب الأول: الحداثة: تعتبر الحداثة أحد الموانع التي تؤثر في أحد أهم شروط تحمل التبعة وهو الإدراك، ويعد هذا المانع مانعا مؤقتا لا يفتأ أن ينقضي بالبلوغ مما يجعل تأثيره على المسؤولية الجنائية تأثيرا مؤقتا وناقصا في معظمه وفي هذا يقول العلماء: "إنما جعل الصغر من العوارض مع أنه حالة أصلية للإنسان في مبدأ الفطرة لأن الصغر ليس لازما لماهية الإنسان إذ ماهية الإنسان لا تقتضي الصغر فنعني بالعوارض على الأهلية هذا المعنى أي حالة لا تكون لازمة للإنسان وتكون منافية للأهلية..."[2] ، غير أن من العلماء[3] من اعترض على ذكره كمانع وإن كان لذكره هنا ما يبرر إذ الصبا أو الحداثة مؤثرة في التبعة الجنائية للإنسان ولما كنا بصدد ذكر موانع المسؤولية الجنائية فإن ذكرها

---

[1] المانع في اللغة مأخوذ من مادة المَنع، يقال: منعه، يمنعه منعاً، منعه وامتنع، والمنع في اللغة عكس الإعطاء فقد جاء في قوله تعالى: "**مَنَّاعٍ لِلْخَيْرِ**"،سورة القلم الآية 12 وهو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده.أنظر لسان العرب باب الميم (مادة منع 194/13-195، الصحاح باب الباء فصل العين مادة منع، 1287/1، القاموس المحيط باب العين فصل الميم،ص688

المانع في الاصطلاح الفقهي يعرّف بأنه: "كل ما يستلزم وجوده انتقاء غيره"، أحمد الزرقا: نفس المصدر السابق 307/1. فالمانع إذن هو الحائل أو العارض الذي يعرض وجوده دون تحميل الشخص مسؤولية أفعاله الجنائية وتوقيع العقوبة عليه.

والموانع أقسام حسب ما قسمها علماء الأصول فمنها موانع مكتسبة ومنها غير مكتسبة وكل القسمين مؤثر في أهلية الأداء بالدرجة الأولى إذ با تثبت التبعة.

فالموانع غير المكتسبة أو السماوية هي ما لا دخل لاختيار الإنسان في حلولها كالجنون والإغماء والعته والنوم.

أما المكتسبة هي ما كان لاختيار الإنسان دخل في حلولها كالسكر والإكراه ولهاته العوارض أو الموانع تأثير على الأهلية تختلف باختلاف قوة كل مانع.

[2] سعد الدين التفتازاني: المصدر السابق 351/2.

[3] انظر: مصطفى الزرقا: المصدر السابق 812/2.

هنا والتعرض لها يكون لازما لأننا وإن لم تؤثر في ثبوتا كاملة فثبوتا ناقصة من دون أدنى شك، وسيظهر ذلك مما سيأتي لاحقا.

والكلام عن الحداثة كمانع للمسؤولية الجنائية يقتضي أولا التصدي لبيان مفهومها في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري ولكن قبلا لا بد من بيان الألفاظ التي استعملت للدلالة عن هذا المانع، إذ المتصفح لكتب الفقه الإسلامي والقانون يجد اختلافا من حيث الألفاظ المستعملة تعبيرا عن هذه المرحلة وإن كان في العمق لا يؤكد على أمر واحد وهو أنه لا مشاحاة في الاصطلاح وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: مفهوم الحدث والألفاظ ذات الصلة بالحداثة

أولاً: مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي والقانون

- الحدث في اللغة: مأخوذ من مادة حدث، يقال حدث الشيء يحدث حدوثا وحداثة، ومعناه نقيض القدم. ومنه حداثة السن وهي كناية عن الشباب وأول العمر، يقال: شاب حدث أي فتي السن، وهؤلاء قوم حدثان وغلمان حدثان أي أحداث[1].

2- الحدث في الاصطلاح الفقهي:

عرف الفقه الإسلامي الحدث بأنه: "اسم لمن لم يبلغ حد البلوغ..."[2]

3- الحدث في الاصطلاح القانوني:

---

[1] انظر : لسان العرب، باب الحاء (مادة حدث)، 75/3، الصحاح: باب التاء فصل الحاء (مادة حدث) 278/1-279، القاموس المحيط: باب التاء فصل الحاء ص 153.

[2] محمد الأسترو شني: أحكام الصغار، ص 130.

لم يرد في قانون العقوبات الجزائري تعريفا للحدث وموقف المشرع الجزائري في وضع تعاريف أمر واضح بيناه سالفا.

أما ما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية الجزائري فلم يرد في جملة مواده تعريفا للحدث، ومع ذلك يمكن القول بوجود إشارة ضمنية من شأنا بيان المقصود من الحدث وهو ما جاءت به نص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية:" يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر".

ثانيًا: الألفاظ ذات الصلة بالحداثة:

1- في الفقه الإسلامي:

تعددت الألفاظ التي استعملت تعبيرا عن هذه المرحلة من حياة الإنسان مرحلة ما قبل البلوغ في الفقه الإسلامي وذلك على النحو التالي: أورد القرآن الكريم في بعض آياته ألفاظا معبرا با عن مرحلة ما قبل البلوغ من ذلك على سبيل المثال قوله تعالى: "**وَآتَيْنَاهُ الحُكْمَ صَبِيّا**"[1]، وقوله جل وعلا: "**كَيْفَ نُكَلِمُ مَنْ كَانَ فِي المَهْدِ صَبِيّا**"[2]، وقوله تبارك وتعالى: "**أَوْ الطِفْلِ الذِينَ لَمْ يَظهَرُوا عَلى عَوْرَاتِ النِسَاءِ**"[3]، وقوله جل شأنه: "**إِذَا بَلَغَ**

الأَطْفَالُ مِنْكُمْ الحُلُمْ..."[4]، وما ورد في السنة النبوية الشريفة على سبيل المثال: "رفع القلم عن ثلاث: ...عن الصبي حتى يحتلم"، وقوله ﷺ: "مروا صبيانكم بالصلاة وهم أبناء سبع..."[1].

---

[1] سورة مريم الآية 11.

[2] سورة مريم الآية 29.

[3] سورة النور الآية 31

[4] سورة النور الآية 59

واستعمل الفقهاء إلى جانب هذين اللفظين ألفاظا أخرى منها: الغلام، الصغير والمراهق.

2- في القانون الجنائي الجزائري:

في حين عبر قانون العقوبات الجزائري عن مرحلة الحداثة بلفظ القاصر من ذلك المادة 49: "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر..."، ومن ذلك أيضا المادة 50: " إذا قضى بأن يخضع القاصر..."، وعبر قانون الإجراءات الجزائية عن هذه المرحلة (الحداثة) بلفظ الحدث من ذلك المادة 444: " لا يجوز في مواد الجنايات والجنح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ الثامنة عشرة...".

وإن كانت جملة هاته الألفاظ تؤدي لنفس المعنى، إلا أنه وفي العصر الحديث، قد غلب استعمال لفظ الحدث وخص بالناحية الجنائية دون سواها، إذ يقول محمد الشحات الجندي: "لا ينبغي أن يفهم أن إطلاق لفظ الحدث على صغار السن الذين لم يبلغوا مبلغ الرجال، قد استعمل في القانون دون الشريعة، فإن اللفظ قد استخدم في المعنى السابق عند فقهاء الشريعة وإن كان القانون قد استعمله أخيرا في النطاق الجنائي أو العقابي..."[2].

وبما أن هذا البحث يختص بالناحية الجنائية فلا ضر إن غلب في استعماله في هذا المبحث دون إهمال بطبيعة الحال لغيره من الألفاظ الأخرى.

الفرع الثاني: مفهوم البلوغ وأمارات حصوله في الفقه الإسلامي والقانون

---

[1] أخرجه أبي داوود في السنة 133/1 رقم الحديث 494، (كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة)؛ والترمذي في السنن 254/1، الصلاة باب: ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، قال الحاكم في المستدرك على الصحيحين 389/1 رقم (948-275): حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، 389/1 رقم (948-275).

[2] جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارنا بقانون الأحداث: ص7.

أولاً- مفهوم البلوغ في الفقه الإسلامي:

1- البلوغ في اللغة: مأخوذ من مادة بلغ، يقال: بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلغت المكان إذا وصلت إليه وشارفت عليه وانتهت إليه، ومنه قوله تعالى: **"فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ"**[1]، أي قاربنه.

واستعمل هذا المعنى للبلوغ الفعلي عند الإنسان فيقال بلغ الغلام وبلغت الجارية إذا أدركا، وفي لغة جارية بالغ[2]. فالإنسان بالبلوغ يصل لدرجة التكليف وتحمل المسؤوليات.

2- البلوغ في الاصطلاح الفقهي:

عرف البلوغ على أنه "انتهاء حد الصغر"[3].هذا وإذا كان البلوغ يعتبر الحد الفاصل بين فترتان اثنتان، فترة ما قبل البلوغ وفترة ما بعد البلوغ أو بمعنى آخر فترة انعدام المسؤولية الجنائية وفترة المسؤولية الجنائية التامة، فما ماهية البلوغ في الفقه الإسلامي وما ماهيته في القانون الجنائي الجزائري وللإجابة عن مثل هذا الإشكال نقسم المبحث إلى مايلي:

ثانيا: ماهية البلوغ في الفقه الإسلامي.

أولى فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع البلوغ أهمية كبرى بحيث أخذ حيزا مهما ضمن المباحث الفقهية بالبيان والتفصيل.

---

[1] سورة البقرة الآية 232.

[2] لسان العرب: باب الباء: 486/1، انظر: الصحاح: باب الغين فصل الباء، 4/6/ 131، القاموس المحيط، باب الغين فصل الباء ص 701.

[3] قاضي زادة: تكملة شرح فتح القدير 9/ 276.

ولكن وبالرغم من اتفاقهم على أن البلوغ هو شرط لا يحدوه شرط آخر في الأهمية بكونه قرينه ثابتة حتى وجدت وجد الحكم بثبوت المسؤولية الجنائية[1]، إلا أنم اختلفوا في بعض الأمارات الدالة عليه، فماهي أهم الأمارات[2] التي اعتد بها الفقهاء للحكم بمسؤولية الإنسان الجنائية:

1- الأمارات الطبيعية التي يعتد بها الفقه الإسلامي للحكم بالمسؤولية الجنائية:

يقيم الفقه الإسلامي بلوغ الإنسان –ذكرا كان أم أنثى- على أساس بروز جملة من العلامات الظاهرة في جسمه، إذ يعد ظهور تلك العلامات أو الأمارات دليلا ظاهرا قاطعا على مفارقته لطور الصبا ودخوله مرحلة التكليف. وقد كان مستند فقهاء الإسلام في ذلك، أدلة كثيرة من النقل والعقل، بيد أن هذه العلامات لا تعد بجملتها قرينة قطعية للحكم ببلوغ كل من الصبي والصبية، إذ نجد إجماع المذاهب الفقهية على أنّ ثمة أمارات يشترك فيها كل من الذكر والأنثى وأخرى تنفرد بها الأنثى لخصائص بها فقط وهذه الأمارات هي كالتالي:

الإنزال: والمقصود منه "خروج المني من قبله وهو الماء الدافق، الذي يخلق منه الولد فكيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك..."[3]. وسواء كان ذلك من ذكر أو أنثى، ولا خلاف بين المذاهب الفقهية على أن الاحتلام، بلوغ واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

---

[1] فقد أجمع العلماء "على أن الفرائض والأحكام تجب على المسلم البالغ"، ابن المنذر: الإجماع ص68.

[2] لن أستفيض في بيان الأمارات الطبيعية التي اختلفوا فيها مقتصرة على ذكر أهمها ولمن أراد الاستزادة فليرجع إلى مواطن ذكرها في الكتب الفقهية.

[3] ابن قدامة: المغني، 513/4.

من القرآن الكريم: قوله تبارك وتعالى: "**وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمْ الحُلُمَ**"[1]، "**..حَتَى إِذَا بَلَغُوا النِكَاحَ**"[2].

- وجه الدلالة: لما كان الاحتلام دليل على بلوغ المرء، أمر الشارع الحكيم لكل من بلغ هذا المبلغ بالاستئذان قبل الدخول حرصا وحفظا وسرا للعورات والحرمات[3].

من السنة النبوية الشريفة:

قوله ﷺ : "رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم..."

وجه الدلالة: لما كان وجود الاحتلام دليل على البلوغ، كان انعدامه – أي الاحتلام- دليل على انعدام المسؤولية أو التكليف.

ب- **الحيض والحمل:** وهما أمارتان تنفرد بما الأنثى وقد أجمع العلماء على أنما بلوغ واستدلوا على ذلك بما يلي:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: "**فَلْيَنظُرِ الإِنسَانُ مِم خُلِقَ، خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُلْبِ وَالتَرَائِبِ**"[4].

---

[1] سورة النور الآية 57.

[2] سورة النساء الآية 6.

[3] انظر: الشيرازي: المهذب، 130/2، الكاساني: المصدر السابق 171/7.

[4] سورة الطارق الآية 5-6-7.

- وجه الدلالة: على أن الحمل دليل بلوغ، وذلك أنّ الله تبارك وتعالى جعل خلق الولد من ماء الرجل وترائب المرأة وعليه كان ظهور الحمل على الأنثى دليل بلوغها[1].

من السنة النبوية الشريفة:

قوله ﷺ: " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار"[2].

- وجه الدلالة:

هذه هي الأمارات التي أجمع العلماء على أن وجودها دليل البلوغ ودخول المرء تحت طور التكليف وتحمل المسؤوليات.

* أما وأنم قد اتفقوا على هذا القدر من العلامات فقد اختلفوا فيما عداها وقد كانت أمارة الإنبات محل خلاف واسع بين العلماء في اعتبارها دليل بلوغ من عدمها، ولن يسع المقام لذكر ما كان من خلاف بين العلماء بخصوص هاته المسألة غير أن الراجح في الأقوال هو عدم اعتبارها امارة او دليلا على البلوغ وبالتالي إثبات التكليف أو المسؤولية على أساس بروزها في جسم الإنسان أمرا لا يستقيم.

أما في حالة عدم ظهور علامات طبيعية يثبت من خلالها بلوغ المرء، جعل السن كأمارة ظاهرة وحكم منضبط على ثبوت المسؤولية الجنائية، فما هو حد السن التي جعل العلماء بلوغه مناطا للمسؤولية الجنائية.

2- مقدار السن التي يعتد با الفقه الإسلامي للحكم بالمسؤولية الجنائية:

---

[1] ابن قدامة: المصدر السابق، 515/4.

[2] أخرجه أبو داود 173/1، رقم الحديث 641 (كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار)؛ الترمذي 243/1 رقم الحديث 375 (كتاب الصلاة ، باب ما جاء لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار)، قال الحاكم في المستدرك: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. 380/1.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن بلوغ سن معينة – في غياب العلامات الطبيعية للبلوغ- قرينة ظاهرة على وصول الإنسان لسن التكليف وبالتالي انقضاء فترة الحداثة، ولكن سرعان ما اختلفت وجهات نظرهم حول تحديد هذه السن، والتي من خلالها أمكن القول بمسؤولية الإنسان الجنائية. وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب:

*** المذهب الأول:**

بذهب أصحاب هذا المذهب إلى تحديد سن الخامسة عشرة كاملة، كسن لتحمل التبعة لكل من الذكر والأنثى، وهذا الرأي يقول به كل من أبو يوسف[1]

ومحمد بن الحسن الشيباني[2] من الحنفية[3] والشافعية[4]، والحنابلة[1].

---

[1] هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي تلقى العلم من أبي حنيفة النعمان، ولي القضاء في عهد هارون الرشيد وهو أول من لقب بقاضي القضاة، وعادة له رئاسة المذهب الحنفي في زمانه وهو يعد أول من نشر علم أبي حنيفة، توفي في ربيع الآخر سنة اثنين وثمانين ومائة.

انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء: 535/8-539، الذهبي : تذكرة الحفاظ: 292/1-294، لابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب:298/1-301.

[2] هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، تلقى العلم من أبي حنيفة ثم من أبي يوسف، رحمهما الله، كان من أفصح الناس لسانا، يعد أحد قضاة هارون الرشيد، وأحد الصاحبين لأبي حنيفة وقد ترك للإسلام والمسلمين التصانيف العظام مثل: الجامع الصغير، الجامع الكبير، كتاب الأصل المعروف بالمبسوط...توفي سنة تسع وثمانين ومائة.

انظر: ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب 321/1-324؛ ابن خلكان: وفيات الأعيان: 184/4-185، الشيرازي: طبقات الفقهاء ص135 (فقهاء الحنفية الطبقة الأولى).

[3] انظر: الكاساني: نفس المصدر السابق 172/7، المرغيناني: الهداية، 284/3.

[4] انظر: الشافعي: الأم، 220/3: الشيرازي: نفس المصدر السابق، 130/2.

* **المذهب الثاني:** يذهب أصحاب هذا المذهب إلى تحديد سن الثامنة عشر كاملة كسن لتحمل التبعة لكل من الذكر والأنثى وهو مشهور الرأي عند المالكية[2] ويخص أبو حنيفة به، في إحدى رواياته هذه السن للذكر فقط، ويجعل سن سبع عشرة سنة كاملة للأنثى كسن لبلوغها[3].

* **المذهب الثالث:**

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى تحديد سن تسع عشرة كاملة كسن لتحمل التبعة لكل من الذكر والأنثى[4].

وهو قول ابن حزم الظاهري[5]، ورواية أبي حنيفة.

وقد استدل أصحاب هذه المذاهب على آرائهم بما يلي:

أ- أدلة المذهب الأول:

1- من السنة النبوية الشريفة:

---

[1] انظر: ابن قدامة: نفس المصدر السابق، 4/514-515، البهوتي: كشاف القناع، 3/444.

[2] انظر : القرافي: الذخيرة، 8/237، الخرشي: شرح الخرشي على مختصر خليل، 5/291: الحطاب: مواهب الجليل، 6/633.

[3] انظر الكاساني : نفس المصدر السابق، 7/172، المرغيناني: نفس المصدر السابق، 3/284

[4] أنظر: ابن حزم: المحلى، 1/89 وما بعدها.

[5] هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تفنن في عدة علوم، كان شافعيا، ثم أصبح ظاهريا عرف بنفيه للقياس، من مؤلفاته: المحلى، الفصل في الملل والأهواء والنحل، الإحكام في أصول الأحكام، توفي سنة ستين وأربع مائة، عاش رحمه الله اثنين وسبعين سنة، انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء 18/184؛ الضبّي: بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس 2/543-545؛ الحميدي: جذوة المقتبس في تاريخ علماء الأندلس 2/489-493.

الدليل الأول: ما روى عن أنس بن مالك[1] رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود"[2].

الدليل الثاني: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضني يوم الخندق يوم خندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني"[3].

- **وجه الدلالة:** تعد السن أحد الأمارات التي من خلالها أمكن أن يحكم ببلوغ المرء، واعتباره مسؤولا عن أفعاله ولذلك فما من داع يدعو للتفريق بين الرجل والمرأة عند تحديد السن[4].

2- من الأثر:

أن عمر بن عبد العزيز[5] وبناءا على ما فهمه من حديث ابن عمر، كتب إلى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة[1].

---

[1] هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر الأنصاري خادم رسول الله وأحد الصحابة الأجلاء المكثرين هي رواية الحديث صدقت فيه دعوة رسول الله ﷺ حيث كان من أغنى الصحابة وأكثرهم ولدا، هو آخر من مات بالبصرة على اختلاف بين المؤرخين في سنة وبين وفاته فقيل أنه توفي سنة اثنتا وتسعين وكان سنه مائة سنة وسبع سنين، انظر: ابن حجر: الإصابة 84/1؛ القرطبي: الاستيعاب: 44/1-45؛ ابن كثير: البداية والنهاية: 89/9-92.

[2] تخريجه يأتي لاحقا عند مناقشته.

[3] أخرجه البخاري في الصحيح 45/5 [كتاب المغازي، باب غزوة الخندق]، ومسلم في الصحيح 1490/3، رقم 1868 [كتاب الامارة، باب بيان سن البلوغ] واللفظ: لمسلم

[4] ابن قدامة: نفس المصدر السابق، 515/4.

[5] هو عمر بن عبد العزيز ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية، ولد سنة ثلاث وستين، كان فقيها محدثا مجتهدا، حق عليه اسم الخليفة الراشد، حدث أن أم أنس بن مالك رضي الله عنه قال: مارأيت أحدا أشبه صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم من هذا الفتى، مناقبه أكثر مما تعد، صدق فيه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن من ولدي رجلا بوجهه سر يملأ الأرض عدلا،

3- من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بأنه قد جرت العادة على أن لا يتأخر الاحتلام عن سن الخامسة عشر سنة بالنسبة للذكر والأنثى من دون خلاف

بينهما، لذا جعل سن الخامسة عشر سنا متى وصلها الصبي أو الصبية عًد أهلا لتحمل التبعة ويرد الفقهاء أنه وفي حالة غياب الاحتلام إلى تلك السن يعزى السبب إلى خلل في عضو ما من أعضاء الجسم وهذا الخلل والعيب لا يستلزم بالضرورة وجود خلل في آلة العقل التي بها التكليف أو المسؤولية[2].

أدلة المذهب الثاني:

1- من القرآن الكريم:

أ- الدليل الأول: قوله تبارك وتعالى: **"وإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُم الحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا"**[3]

ب- الدليل الثاني: قوله عزوجل: **"وَلاَ تَقْرَبوا مَالَ اليَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَن حَتى يَبْلغَ أَشَدهُ"**[1].

توفي رحمه الله سنة إحدى ومائة عن تسع وثلاثين سنة ونصف وقد دامت مدة خلافته سنتين وخمسة أشهر وأيام، أنظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء 114/5، 148، ابن كثير: البداية والنهاية 192/9-218؛ الشيرازي: طبقات الفقهاء ص 64.

[1] أخرجه البخاري في الصحيح بشرح فتح الباري 213/5 [كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم].ومسلم في الصحيح، رقم 1868، 1490/3 [كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ].

[2] أنظر: الكاساني: نفس المصدر السابق، 172/7.

[3] سورة النور الآية 59.

- **وجه الدلالة:** أن ابن عباس[2] رضي الله عنه فسر لفظ أشده بثماني عشرة سنة، ومثل هذا لا يقال إلا عن توقيف وهو دليل على أن سن ثماني عشرة سنة هي سن تحمل التكليف[3].

2- من السنة النبوية الشريفة:

قوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم...".

- وجه الدلالة: لقد كان الأصل في علامات البلوغ لكل من الصبي والصبية الاحتلام وهذا بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فقد جعل الشرع تحقق الاحتلام في الصبي والصبية شرطًا لتحمل التبعة وبالتالي كان انعدامه – أي الاحتلام- مانعا لقيام المسؤولية بسبب انعدام شرطها.

ولما كان سن الخامسة عشرة مبكرا للحكم بانعدام وجود الاحتلام فإن هذا يستلزم الإمهال إلى حين التيقن من استحالة وجوده ويكون ذلك بمد عدد السنين إلى غاية استكمال السنة الثامنة عشر لأنه وفي هذه السن فقط أمكن الحكم باستحالة وجود الاحتلام ووقوع اليأس منه، لأنه لا يجوز شرعا إزالة ماهو ثابت بما هو محتمل، وكذا الشأن بالنسبة للمرأة فإن انعدام الحيض لا يعني البتّ استحالة وجوده أبدا مالم تصل إلى سن تيأس فيه المرأة في العادة من

---

[1] سورة الأنعام الآية 153.

[2] هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ولد في الشعب قبل الهجرة بثلاث سنين وتوفي بالطائف سنة ثمان وستين عن إحدى وسبعين سنة صدقت فيه دعوة النبي ﷺ "اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل" وكان يلقب بترجمان القرآن رأى جبريل مرتين في حياته وقد عمي في آخر حياته.

انظر: القرطبي؛ الاستيعاب 322/2-326؛ ابن حجر؛ الإصابة 342/2-349؛ ابن كثير: البداية والنهاية 695/8-307.

[3] القرافي: نفس المصدر السابق، 8.

وجوده وكما هو الشأن أيضا بالنسبة للكفار فلا يجوز شرعا مقاتلتهم حتى تيأس من استجابتهم للإسلام[1].

أدلة المذهب الثالث:

يستدل أصحاب هذا الرأي بالطبيعة الجارية وبالتوقف، واستنادا إلى ذلك فإن الذي أتم تسعة عشرة سنة فقد ودع طور الصبا ودخل طور الرجولة وهذا باتفاق الملل.

فالنبي ﷺ عندما دخل المدينة أمر الناس رجالا كانوا أو نساءا بالتزام أوامر الدين، ونواهيه ولم يقم باستفسار الناس الواحد تلو الآخر عما إذا كانوا قد بلغوا أم لا؟

وهذا يفيد أن ثمة سناً من بلغها من الرجال والنساء عُد مكلفاً أو مسؤولاً، وهاته السن هي تسعة عشرة سنة[2].

وقد تعرضت هذه الأدلة بمجملها للنقاش وذلك على النحو التالي:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

- فيما يتعلق بالحديث الأول:

إن هذا الحديث في نظر العلماء لا أساس له من الصحة وبالتالي لا يصلح دليلا، فقد ذكر كل من البيهقي[3] وبن حجر العسقلاني[1] أنه حديث ضعيف[2].

---

[1] انظر: الكاساني: المصدر السابق، 172/7.

[2] انظر: ابن حزم: نفس المصدر السابق 88/1-89-90.

[3] هو أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى الحافظ، أبو بار البيهقي النيسابوري فقيه محدث وأصولي شافعي المذهب، من مؤلفاته: السنن الكبرى، ومعرفة السنن والآثار، المبسوط، أحكام القرآن الشافعي... توفي رحمه الله في نيسابور في العاشر من جمادى الأولى سنة ثمان وخمسين وأربعمائة.

انظر: السبكي: طبقات الشافعية الكبرى 8/4-12، الذهبي: تذكرة الحفاظ: 1132/3-1135، الذهبي: سير أعلام النبلاء: 163/18-170.

فيما يتعلق بالحديث الثاني:

لقد تمحور نقاش العلماء لهذا الدليل على أساس أن الحديث لا يعد حجة للاستدلال به على رأيهم ذاك والسبب في ذلك يعود إلى أن الحديث يقوم على احتمالين اثنين:

الاحتمال الأول: يعود إلى العرض الأول، فقد عرض ابن عمر رضي الله عنه على الرسول ﷺ والزمن زمن حرب، والحرب كما هو معلوم تحتاج إلى من هم أولي قوة وبأس ورباطة جأش، لذلك رأى النبي ﷺ أن ابن عمر رضي الله عنه غير مؤهل لخوض غمارك المعارك ودخول معترك القتال خاصة أن يوم أحد حدثت وقائعه خارج أسوار المدينة.

أما وقد أجازه ﷺ يوم العرض الثاني أي يوم غزوة الخندق والتي جرت وقائعها بالمدينة فما من دليل يؤكد أنه أجازه ﷺ بناءا على بلوغه خمسة عشر سنة، بل قد جرت العادة أن يمتحن النبي ﷺ الصبيان ويجيز من يراه قادرا[3] ففيما رواه ابن حجر العسقلاني: "أن النبي ﷺ كان يعرض غلمان الأنصار فمر به غلام

---

[1] هو أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، أبو الفضل، شهاب الدين ابن حجر، عالم فذ برع وتبحر في علوم كثيرة كالأدب والشعر ثم الحديث بحيث عد إمام المحدثين في عصره تولى قضاء مصر ثم اعتزل، له تصانيف جد قيمة منها: "الاصابة في تمييز الصحابة"، "لسان الميزان" فتح الباري شرح صحيح البخاري "بلوغ المرام من أدلة الأحكام"، توفي سنة ثمان مائة وإثنان وتسعون للهجرة، انظر: الشوكاني: البدر الطالع 87/1-92؛ السخاوي: الضوء اللامع 36/2-40؛ الزركلي: الأعلام 178/1.

[2] انظر: البيهقي: السنن الكبرى، 57/6، ابن حجر العسقلاني: التلخيص 278/10.

[3] انظر: ابن حزم: نفس المصدر السابق 91/1 ، ابن العربي: أحكام القرآن 864/2.

فأجازه في البحث وعرض سمرة[1] فرده فقال: لقد أجزت هذا ورددتني ولو صارعته لصرعته قال فدونكه فصارعه سمرة فأجازه"[2]، وما ذكره الشافعي رحمه الله :" ومحفوظ أنه شهد مع رسول الله ﷺ القتال العبيد والصبيان"[3].

وما روى ابن حجر العسقلاني عن رافع بن خديج [4]أنه " عرض على ﷺ يوم بدر فاستصغره وأجازه يوم أحد"[5].

ومما تقدم أمكن القول أن ليس في الحديث ما يدل ضمنيا أو صراحة أن النبي ﷺ قد جعل من الخامسة عشرة سنا للبلوغ، بل أن الواضح من أنه ﷺ قد اعتمد القدرة كمعيار لقبول الصبيان أو الإعراض عنهم[6].

---

[1] سمرة بن جنذب بن هلال بن خريج، يعد من الصحابة المكثرين لرواية الحديث، صدق فيه قول رسول الله ﷺ ولأبي هريرة ولأبي محذورة "آخركم موتا في النار"، توفي بالبصرة وذلك عند سقوطه في قدر مملوءة بماء حار وقد اختلف المؤرخين في سنة وفاته بين ثمان وخمسين وتسع وخمسين وستين للهجرة.

انظر: بن حجر العسقلاني: الإصابة 2/77-78، القرطبي: الاستيعاب 2/75، ابن حجر العسقلاني: تذيب التهذيب، 2/432-433.

[2] الإصابة: 2/77؛ وانظر: البهيقي: السنن الكبرى 9/22.

[3] الأم 4/89.

[4] هو عبد الله رافع بن خديج بن عدي بن يزيد بن الحارث الآوسي الأنصاري روي عن النبي ﷺ، شهد أحد وما بعدها أصيب يومها بسهم قال له النبي ﷺ:" شهدت لك يوم القيامة بأنك شهيد" شهد صفين مع علي بن أبي طالب، ولما كانت سنة أربع وسبعين انتفض جرحه توفي رحمه الله بالمدينة وهو ابن ست وثمانين وصلى عليه ابن عمر رضي الله عنهم أجمعين.

أنظر: القرطبي: الاستيعاب 1/483، ابن حجر العسقلاني: الإصابة 1/483-484، ابن حجر العسقلاني: تذيب التهذيب 2/136-137.

[5] الإصابة 1/483

[6] انظر: ابن العربي: أحكام القرآن 2/864.

وهو ما يروي في الجوهر النقيّ أيضا: "...ولو سلم التحديد بخمسة عشرة فالإجازة للقتال حكمها منوط بإطاقته والقدرة عليه وإن أجاز به عليه السلام له في الخمس عشرة لأنه رآه مضيف للقتال ولم يكن مطيقا له قبلها لا لأنه أدار الحكم على البلوغ وعدمه ويدل عليه ما روى عن سمرة بن جنذب..."[1].

الاحتمال الثاني: ليس في الحديث ما يثبت أن ابن عمر رضي الله عنه كان حينها قد أتم خمس عشرة عاما للقول بأن سن البلوغ هي خمس عشرة عاما، بل قد يحتمل أنه طعن فيها أوتجاوزها بقليل إذ لا خلاف عند أهل اللغة إطلاق خمس عشرة عاما على من بقي عليه من ستة عشرة عاما الشهر والشهران، وعندئذ يصح اعتبار ستة عشرة عاما سن للبلوغ[2].

- اعتراض: أورد البيهقي: أن المقصود من قول بن عمر ردا على هذا الاحتمال ما مفاده "... وقول ابن عمر في يوم أحد وأنا ابن خمس عشرة سنة أني طعنت في الرابع عشرة وقوله في يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة أني استكملتها وزدت عليها إلا أنه لم ينقل الزيادة لعلمه بدلالة الحال وتعلق الحكم بالخمس عشرة دون الزيادة والله أعلم"[3].

- الرّد على الاعتراض: ويرد على قول البيهقي بقول آخر وهو أنه: "إذا كان الحكم بخمس عشرة تابعا لحديث ابن عمر وظهر أنه تجوز بالخمس عشر عن الدخول في السادس عشرة وجب أن يكون حد البلوغ أكثر من خمس عشر..."[4].

---

[1] علاء الدين التركماني: 56/8.

[2] انظر: علاء الدين التركماني: نفس المصدر السابق 56/8، ابن جزم: نفس المصدر السابق 91/1.

[3] نفس المصدر السابق 56/6.

[4] علاء الدين التركماني: نفس المصدر السابق 56/6.

- كما نوقش أيضا دليل المذهب الأول أن حديث ابن عمر رضي الله عنه ليس فيه ما يدل على أنه ﷺ جعل من الخامسة عشر بالتحديد سنا للبلوغ.

كما أن استنادكم لمثل هذا الرأي استدلالا بحديث ابن عم رضي الله عنه تقويل لرسول الله ﷺ بما لم يقل به إذ "...لا يجوز لأحد أن يضيق إليه عليه الصلاة والسلام مالم يخبر به عن نفسه"[1].

مناقشة دليل المذهب الثاني:

جرت العادة أن يتحقق وجود الاحتلام سواء للصبي أو الصبية في سن الخامسة عشر سنة، ولم يقل أحد أن اليأس من وجود الاحتلام يقع في سن الثامنة عشرة سنة وإن تأخر في بعض الحالات إلى هاته السن – أي الثامنة عشرة- فإن هذا لا يبيح الحكم باستحالة وجوده.

الترجيح: بعدما مر من عرض لأقوال العلماء وأدّلتهم وما أعقبه من نقاش لهاته الأدلة خلص العلماء إلى ترجيح القول الأول من هاته الأقوال والذي مفاده أن سن البلوغ الشرعي هو الخامسة عشرة سنة كاملة.

وترجيح العلماء لهذا القول على ما بينه الطحاوي[2] ليس استنادا لحديث ابن عمر رضي الله عنه وإنما استنادا لأمر آخر إذ يقول: "فلما انتفى أن يكون في ذلك الحديث حجة لأحد الفريقين ، على الفريق الآخر التمسنا حكم ذلك من

---

[1] ابن حزم: نفس المصدر السابق: 91/1.

[2] هو العالم الجليل أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي أبو جعفر، فقيه جليل كان شافعي المذهب بادئ ذي بدء ثم رجع عنه ليتحول حنفيا، كان مولده ونشأته في طحا بمصر، توفي بالقاهرة سنة 321 للهجرة، من مؤلفاته "شرح معاني الآثار" "أحكام القرآن"، "المختصر"، "مناقب أبي حنيفة"، أنظر: ابن حجر العسقلاني: لسان الميزان 380/1-386؛ ابن كثير: البداية والنهاية 174/11؛ الشيرازي: طبقات الفقهاء ص 142.

طريق النظر، لنستخرج من القولين اللذين ذهب أبو حنيفة إلى أحدهما، وأبو يوسف إلى الآخر منهما، قولا صحيحا"[1]

وعلى ذلك يكون ترجيح العلماء لهذا القول على غيره من الأقوال لما يلي:

- لما كان الأصل في البلوغ تحقق الاحتلام فإن البلوغ بالسن يكون البديل عنه في حال عدم وجوده.

ولما كان الأغلب في أمور الناس أن يتحقق وجود الاحتلام سواء في ذلك الذكر أو الأنثى في سن الخامسة عشرة كاملة من دون زيادة ولا نقصان.

اعتبر جمهور العلماء أن البديل عن عدم وجود الاحتلام هو وصول الإنسان ذكرا كان أو أنثى إلى سن الخامسة عشر كاملة، لأن العبرة بالعموم لا بالخصوص وسن الخامسة هو السن الذي يتحقق فيه عموم الاحتلام[2].

ومبنى رأيهم هذا أن الله تبارك وتعالى قد جعل عدة المرأة إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروء، وجعل عدتا إذا كانت ممن لا تحيض، من صغر أو كبر، ثلاثة أشهر، فجعل بدلا من حيضها شهرا وقد تكون المرأة تحيض في أول الشهر، وفي آخره فيجتمع لها في شهر واحد حيضتان، وقد يكون بين حيضتيها شهران والأكثر، فجعل الخلق على الحيضة على أغلب أمور النساء، لأن أكثر من تحيض في كل شهر حيضة واحدة[3].

ثالثا: ماهية البلوغ في القانون الجنائي الجزائري:

ينحصر البلوغ في قانون الجنائي الجزائري على السن فقط، ولا يتعداه للعلامات الطبيعية كما هو الحال في الفقه الإسلامي.

---

[1] شرح معاني الآثار 219/3.
[2] المصدر السابق 3/ 220.
[3] المصدر السابق 219/3.

وعلى هذا يحدد قانون الإجراءات الجزائية الجزائري سن البلوغ بتمام الثامنة عشرة سنة كاملة سواء في ذلك الذكر أو الأنثى وذلك طبقا للمادة 442 المتضمنة (يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر)، وهي نفس السن التي تخول الإنسان تحمل المسؤولية الجنائية كاملة لا المسؤولية المدنية إذ يحدد قانون الإجراءات المدنية السن القانونية لتحمل المسؤولية المدنية بتمام تسعة عشرة سنة.

ولكن كيف يتم إثبات سن الحدث لمعرفة ما إذا خرج من طور الحداثة وأمكن تحمل مسؤوليته الجنائية من عدمها؟.

والإجابة عن مثل هذا التساؤل يكون من خلال العنوان التالي:

الفرع الثالث: إثبات السن في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: إثبات السن في الفقه الإسلامي:

اعتمد الفقه الإسلامي في إثبات البلوغ للحدث على طريقتين اثنين:_ الأولى: طريقة الإقرار، والثانية طريقة الكشف.

1- طريقة الإقرار:

يعتد الفقهاء بإقرار الصبي أو الصبية على نفسيهما فيما يتعلق بالبلوغ، فقد جاء:"ويقبل قوله في الاحتلام إلا أن يرتاب فيه لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله..."[1]

وجاء أيضا:" وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم، وأشكل أمره في البلوغ، فقال: قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من

---

[1] [1]القراني: المصدر السابق، 8/ 237

جهتها ظاهرا فإذا أخبراه به. ولم يكذبما الظاهر قُبِلَ قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض[1]".

2- **طريقة الكشف:** يعد الكشف إحدى الطرق التي يتم من خلالها إثبات البلوغ بالنسبة للحدث والمقصود بالكشف بينه العلماء بقولهم:"...ويكشف لإنبات، ويستدبره الناظر، ويستقبلان جميعا المرآة، وينظر إليها الناظر فيرى الإثبات أو البياض[2]...واستدل القائلين بذا النوع من الإثبات بقول سعد[3] رضي الله عنه حين حكمه رسول الله ﷺ في بني قريظة فقال: "فإني أحكم فيهم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى الذّرّية والنساء، وتقسم أموالهم"[4]. فكانت بالتالي طريقتهم للتثبت هي الكشف.

ولقول عمر رضي الله عنه للغلام:" لو أنبت الشعر لجلدته الحد"[5] وما روى أيضا أنه قد أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه بغلام وقد سرق فقال : انظروا إلى مؤتزره فنظروا فلم يجدوه أنبت فلم يقطعه"[6].

---

[1] القراني: ، نفس المصدر السابق 237/8-238

[2] المرغيناني: نفس المصدر السابق 285/3.

[3] هو الصحابي الجليل سعد بن معاذ بن النعمان الأنصاري، أسلم بالمدينة وقد أسلم بإسلامه جمع من الناس يعد من كبار الصحابة وأفضلهم شهد بدرا وأصيب يوم الخندق، توفي في السنة الخامسة للهجرة هو الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم:" اهتز عرش الرحمان لموت سعد بن معاذ " وقال: " لو نجا أحد من ضغطة القبر نجا منها سعد"، " لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سموات". انظر: القرطبي: الاستيعاب، 25/2 ـ 30، ابن حجر العسقلاني: الإصابة، 35/2؛ ابن كثير: البداية والنهاية 126/4-130

[4] أخرجه البخاري في الصحيح 227/4، [كتاب مناقب الأنصار، باب مناقب سعد بن معاذ رضي الله عنه]؛ ومسلم في الصحيح 1389/3، رقم 1769، [كتاب الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد].

[5] رواه البهيقي: كتاب الحجر 58/6.

[6] نفس المصدر السابق 58/6

ثانيًا: إثبات السن في القانون الجنائي الجزائري:

ينص القانون الجنائي الجزائري في مسائل الإثبات بأنه:" يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها على غير ذلك[1] وعليه يتم إثبات السن في القانون الجنائي الجزائري من الناحية الجنائية بناءا على الوثائق الرسمية المقدمة من طرف السلطات المختصة، أما في حالة عدم التمكن من إثبات السن بهاته الأوراق لفقدانها أو لعدم التسجيل كما يحدث أحيانا، في المناطق المعزولة فإن الخبراء بما أتاح لهم التقدم العلمي من إمكانيات ووسائل بإمكانهم تحديد السن بطلب من القضاء الذي يستعين بخبراتهم وكفاءاتهم.

وفي كلا النظامين نجد أن العبرة في تحديد السن وإثباته منوط بوقت ارتكاب الجريمة لا بوقت رفع الدعوى إذ جاء في قول الفقهاء:" ولو أقر وهو بالغ أنه جنى على رجل جناية عمدا وقال كنت يوم جنيت عليه صغيرا كان القول قوله في أن لا قول عليه وعليه أرشهما في ماله خطأ..."[2]

- اعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية على ظهور العلامات الطبيعية للحكم ببلوغ الإنسان ودخوله مرحلة التكليف، أما علامة السن فإن الظاهر من خلال ما مر أن الاعتداء بها لا يتم في الفقه الإسلامي إلا عند غياب العلامات الطبيعية، بل إن البعض لا يرى الاعتداء بها مطلقا بحجة أن هذا مخالف لما هو عليه الشرع: "...لا حد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام": "رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم..."، واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر..."[3]

---

[1] المادة: 1/212 إج

[2] الشافعي: نفس المصدر السابق 5/6

[3] ابن قدامة المقدسي نفس المصدر السابق: 4/514-515.

ويبدو لي أن الاعتماد على السن كدليل للحكم بمسؤولية الإنسان الجنائية لا يخالف ما جاء به الشرع وإن كان الاعتداد بالعلامات الطبيعية هو الأصل وعلامة السن هي استثناء من هذا الأصل.

إلا أنه ومن خلال أقوال الفقهاء يمكن استخلاص أن العبرة بالحكم على بلوغ الإنسان وخروجه من طور الحداثة يكون بأمارة تصلح لأن تكون دليلا قاطعا وحجة دامغة وقرينة ثابتة متى وجدت وجد الحكم بها ومتى انتفت انتفى الحكم بإمكانية تحميلها التبعة وهو ما أكّده الفقهاء: "... لايمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل..."[1]

ولما كان إثبات السن في العصر الحاضر أمر ميسور تحققه وإثباته عن طريق الوثائق الرسمية المقدمة من طرف السلطة المختصة فإن ما اعتمده قانون الإجراءات الجزائية لا يخالف ما جاءت به الشريعة الإسلامية، اللهم إلا ماكان في تحديد مقداره خاصة وأن هذه الوثائق أيقن في الدلالة من قول الصبي وإقراره على نفسه في البلوغ والأمر نفسه للجارية.

كما أن اعتماد طريقة الكشف لإثبات البلوغ إن لم نقل بأنها طريقة صعبة يستحيل تنفيذها فهي إلى جانب ذلك أمارة يقيم أمر الاعتداء بها كدليل للبلوغ خلافا كبيرا بين العلماء.

الفرع الرابع: أطوار مسؤولية الحدث الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

إذا اعتبرنا أن مسألة الحداثة أو الصبا، كفيلة بمنع ثبوت المسؤولية الجنائية عن الصبي لانعدام أهليته الجنائية، فهل من الممكن أن تتعلق به مسؤوليته من نوع آخر بناء على وجود الذمة الإنسانية من جهة وعلى تحقق التمييز لدى الحدث في شطر من هذه المرحلة من جهة أخرى، وإذا كان الأمر كذلك فأي نوع من

---

[1] نفس المصدر السابق: 515/4.

الأحكام هذه التي تتعلق بالحدث في هذه المرحلة، وهل يتفق القانون الجنائي الجزائري مع الفقه الإسلامي في ثبوت هذا النوع من المسؤولية وهذا النوع من الأحكام؟ والإجابة عن مثل هذه التساؤلات يكون كالآتي:

أولاً: في **الفقه الإسلامي:**

يرتب الفقه الإسلامي الأطوار الأطوار التي يّمر بـا الحدث من حيث تعلق المسؤولية الجنائية طبقا لما تمر به الأهلية من مراحل وقد سبق الكلام عنها في موضع سالف.

1- الطور الأول: **انعدام المسؤولية الجنائية والتأديبية على السواء:** وتعرف بفكرة ما قبل سن التمييز وتبدأ هذه الفترة كما حدّدها العلماء من حين الولادة وتستمر إلى غاية سن السابعة.

وفي هذه الفترة يكون الصبي أو الحدث عديم التمييز فكيف بالإدراك وهو محل المسؤولية الجنائية وهو ما يجعله عديم القدرة على صحة الأداء.

ومع ذلك يتمّتع الحدث في الفقه الإسلامي أثناء هذه الفترة بأهلية وجوب كاملة بناءا على وجود الذمة الإنسانية، والتي على أساسها تتعلق بالحدث أحكاما ترتبط معظمها بحقوق مالية متعلقة بالغير جرّاء ما لحقهم من أضرار

تسبب فيها الحدث سواء كان ذلك في النفس أو المال، وهو ما يعرف في لغة الفقه الإسلامي بالضمان وفي لغة القانون بالمسؤولية المدنية.

والسبب في ترتيب هذه الأحكام هو من باب ربط الأسباب بالمسببات "لأن الوجوب خبر ليس للعبد فيه اختيار حتى يعبر فيه عقله وتمييزه، بل هو ثابت عند وجود السبب علينا شرعا شئنا أم أبينا"[1]، إذا أن هاته الأحكام ليست من

---

[1] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق، 357/4.

أحكام التكليف في شيء بل هي من أحكام الوضع، لذا فهي ثابتة للحدث في ماله والولي ملزم بالأداء عنه لعدم صحة أداة بسبب انعدام تكليفه .

وفي هذا الطور لا يسأل الحدث لا جنائيا ولا تأديبيا ولا يتحمل تبعة ما ارتكب من أفعال في المجال الجنائي.

إذ يشترط الفقه الإسلامي التمييز أو قدرا معتبرا من العقل – وليس كل العقل- لتطبيق الأحكام التأديبية.

2- الطور الثاني: المسؤوليـة التأديبيـة:

تبدأ هذه الفترة كما حدّدها العلماء من السابعة وتمتد إلى حين البلوغ الشرعي، وفي هذه الفترة يطرأ على الطفل نموا في بعض مداركه وإصابته لقدر معتبر من العقل يمكنه من فهم بعض الأمور والقدرة على التمييز بين الأشياء، كما أن بنيته الجسمية تعرف نوعا من التطور استعدادا لمرحلة البلوغ.

ويتمتع الحدث أثناء هذه الفترة بأهلية وجوب كاملة بناءا على وجود الذمة الإنسانية إلى جانب تمتعه بأهلية أداء ناقصة بناء على وجود أوى بوادر التمييز التي تتطور فيه شيئا فشيئا.

أي أن الصبي في هذه الفترة ضامن لما قد يحدثه من أضرار كما سبق القول، ومسؤول أدبيا على أفعاله الواقعة في المجال الجنائي بناءا على توافر التمييز.

فالحدث في هذه الفترة لا تثبت اتجاهه مسؤولية جنائية حتى وإن عقل، لأن الحكم بالعقوبة الجنائية كأثر لثبوت المسؤولية الجنائية مناطة كمال العقل، وليس أي قدرة من العقل كما يذهب إلى ذلك العلماء بقولهم: "ما وجب

جزاء وعقوبة في الدنيا يتبنى على الأهلية الكاملة لا القاصرة"[1]. وأهلية الحدث وإن ميزا قاصرة غير كاملة.

3- الطور الثالث: المسؤولية الجنائية:

تبدأ هذه الفترة بانتهاء فترة الحداثة أي بداية فترة البلوغ، وهذه الفترة هي فترة اكتمال النمو والتطور فعلى صعيد القدرة الذهنية، اكتمل تمييزه وقوى إدراكه واكتمل، وعلى صعيد البنية الجسمية اكتمل نموها وقوة قدرته.

ويتمتع الإنسان في هذه الفترة بأهلية وجوب كاملة إلى جانب أهلية أداء كاملة بناءا على وجود العقل السليم وتحقق البلوغ، وتمتد إلى ماشاء الله أن تمتد مالم يطرأ مانع من الموانع المؤثرة في قيام المسؤولية الجنائية.

وتعتبر ظهور علامات البلوغ في الإنسان ذكرا كان أم أنثى، بما يختص به كل واحد منهما من علامات، دليل على اكتمال القدرات الذهنية ونضجها ووعيها وإدراكها ومن ثم تؤهلها لفهم مرامي الخطاب الجنائي وفهم الأمور فهمًا صحيحا بشكل يمكن من إدراك لما قد تؤول إليه، كما أن اكتمال البنية الجسمية إلى جانب القدرة الذهنية مفترض لابد منه لحمل الأعباء والمشاق.

والسبب في قرن الشارع الحكيم المسؤولية الجنائية بالبلوغ "إقامة للسبب الظاهر مقام حكمه" أي أن البلوغ دليل مادي ظاهر على ماهو خفيّ باطن وهو اكتمال القدرة العقلية مالم يطرأ ما يعيب ويؤثر فيها.

وعليه فقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن الحدث الذي ظهرت فيه هذه العلامات – مالم يشبها عارض- أهل للتكليف وتحمل المسؤوليات وإن حدث وإن ارتكب ما يوجب العقوبة حقت عليه. وعلى إثر الحديث عن مسؤولية الحدث في الفقه الإسلامي وتدرجها داخل إطار السياسة الجنائية، هل تعرف

---

[1] عبد العزيز البخاري المصدر السابق، 357/4.

مسؤولية الحدث في القانون الجنائي الجزائري هذا النوع من التدرج وهل يتفق كلا النظامين في هذا التدرج وفي نوعية الأحكام الثابتة لكل مرحلة من هاته المراحل؟

وكل هذا سيكون موضع كلام في الخطوة الموالية:

ثانيًا: في **القانون**

ترتب أطوار مسؤولية الحدث في اﻟ.ال الجنائي في القانون الجنائي الجزائري طبقا لما تمر به الأهلية من أطوار، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي _ على الأقل هذا ما يبدو _ وعليه فإن أطوار مسؤولية الحدث الجنائية تندرج كالآتي:

1- **الطور الأول:** المسؤولية التأديبية:

وتبدأ هذه الفترة في القانون الجنائي الجزائري من حين الولادة و تستمر إلى غاية سن الثالثة عشر من عمره، وتعرف هذه الفترة بفترة انعدام التمييز.

وتعتبر هذه الفترة بفترة انعدام المسؤولية الجنائية بسبب انعدام التمييز وهو أمر بديهي لسن انعدام الإدراك بل ودونه التمييز.

وهو أمر يقره قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية ولكن مع ذلك فإننا نرى إقراره لبعض أحكام التربية واعتبار الصبي دون سن التمييز أهلا لها[1]، إذ ينص قانون العقوبات في إحدى مواده على أنه :" لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ"[2]

رجع شراح القانون الجزائري السبب في اتخاذ مثل هذا الإجراء ضّد الحدث دون سن التمييز على أنه: "...بالرغم من عدم تمييزه ومن انعدام الإرادة القانونية التي يشترطها القانون لقيام المسؤولية الجنائية قد يشكل خطرا على المتمع مما يستوجب درء الخطر ومحاولة تربية الصبي وإصلاحه وتقويمه"[3].

ولكن هل من الممكن أن يمثل الصبي وهو في فترة انعدام الإدراك الذي لا يعي فيها شيء بتاتا أفعالا يمكن أن ترقى إلى مستوى الخطورة الاجتماعية التي تبيح اتخاذ إجراءات تربوية اتجاهه إذا علمنا أن الصبي في هذه الفترة يكون إلى جانب انعدام الوعي السليم والإدراك اللازم والقصد الصحيح غير قادر بدنيا على الإتيان بأعمال عدوانية، بل غير فاهم على الصحيح لما ترمي إليه هاته الأحكام التأديبية وبالتالي تكون محاولة تأديبه وتذيبه ضربا من العبث لا يثمر ولا يسفر عن نتائج ايجابية البث.

والسبب في إقامة القانون الجنائي الجزائري تدابير الأمن على أساس الخطورة الكامنة في شخص الجاني، هو أنه متى وجدت هذه الخطورة وجدت التدابير طبقا لما نادت به المدرسة الوضعية.

---

[1] انظر رضا فرج: المصدر السابق ص 358، عبد الله سليمان: المصدر السابق 317/1.

[2] المادة 49.

[3] رضا فرج: المصدر السابق ص 386.

ومع ذلك فإن ارتكاب الحدث لجريمة ألحقت أضرارا بالغير وهو في سن لا يتحمل من خلالها الأعباء أن يلزم من هو الرقيب عليه يتحمل مسؤولية التعويض عن الأضرار التي ألحقتها جريمة الحدث بالآخرين إذ تنص المادة 1/476 قانون إجراءات جزائية على أنه: "تقام الدعوى العمومية ضد الحدث مع إدخال نائبه القانوني"[1] أي كفيله والمسؤول مدنيا عن جريمة التعويض وذلك طبقا للمادة 124 مدني: "كل عمل أيًّا كان مرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

2- الطور الثاني: المسؤولية الجنائية المخففة

وتبدأ هذه الفترة كما حددها القانون الجنائي الجزائري من سن الثالثة عشر وتستمر إلى غاية سن البلوغ القانوني المقرر في المجال الجنائي.

ويكون الصبي في هذه الفترة قد نمت بعض قدراته وعرف نوعا من التطور فيما ينبغي تحصيله ومعرفته من واقع الحياة.

لِذَا تعتبر هذه الفترة بالنسبة للصبي فترة توافر التمييز ولكنه تمييز ناقص وذلك بحسب قدراته الذهنية والجسمية التي لم تكتمل بعد.

وهو الأمر الذي يؤثر في كمال المسؤولية الجنائية وإمكانية توقيع العقوبة الجنائية عليه، وعليه فإن القانون الجنائي الجزائري نجده يقيم مسؤولية تأديبية للحدث في هذه الفترة كما هو الحال بالنسبة للحدث دون سن التمييز وإلى جانب ذلك نراه يثبت نوعا آخر من المسؤولية للحدث المميز وهي مسؤولية جنائية مخففة أو ناقصة.

---

[1] عبد الله أوهايبية: المصدر السابق ص157.

إذ ينص قانون العقوبات على أنه: "ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة"[1]، وهذا يعني أن: "المشرع يعتد بإرادة القاصر ويرتب له جزاء جنائيا، ولو في حدود بينتها المادة 50..."[2].

وتبّين المادة من خلال حرف "أ" أنه لا يحكم بأكثر من تدبير في هاته المرحلة، فقد حدث في قرار صدر سنة 1994 أنه حكم على حدث لم يكمل الرابعة عشر من العمر بعقوبة الغرامة المالية فحق الطعن في مثل هذا القرار وأصدرت المحكمة العليا بناء على هذا الطعن موافقتها بالنقض وذلك للأسباب التالية:

- لا يطبق أكثر من تدبير على حدث في الرابعة عشر طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية.

- انعدام ذكر الحكم الصادر للأسباب المؤدية إلى مثل اتخاذ هذا التدبير.

- لا يجوز العدول عن التدبير الربوي إلى العقاب الجزائي من دون مبررات[3].

ومع أن القانون الجنائي الجزائري نجده يصرح في أكثر من موضع أن من لا يعي ولا يفهم حقيقة ما يقترفه من أفعال ولا يقدر بشكل صحيح نتائجها المتوخاة من اقترافها لا يمكن أن نعتبره محلا لتحمل المسؤولية ومع ذلك نجده يقع في تناقض شديد عندما يجعل من توافر التمييز لدى الحدث المميز مناطا لثبوت مسؤولية جنائية مخففة يكون من آثارها توقيع عقوبات مخففة تختلف عن تلك التي توقع على البالغ ولو من حيث الجسامة.

---

[1] المادة :49.

[2] عبد الله سليمان: المصدر السابق 1/ 318.

[3] نشرة القضاة: العدد 53 قرار بتاريخ 1996/11/26م ص 76-78.

زد على ذلك أن الاعتداء بالإرادة في المجال القانوني لا يتم إلا إذا توافر الإدراك والاختيار وهو ما تفتقد إليه إرادة الحدث.

والواقع أن هذه الفترة تعد مثالا ودليلا حيا للطعن بانعدام دقة المراحل التي تمر بها الأهلية ومن ثم مسؤولية الحدث من مراحل.

فقد اتضح مما سبق اتفاق فقهاء المسلمون على أن بدأ سن التمييز يكون في سن السابعة مصداقا لما جاء به سيد الخلق عليه أزكى الصلاة وأتم التسليم عندما جعل سن تعليم الصلاة للأولاد يكون في سن السابعة، كما أكّده علم النفس الحديث، ولهذا نجد العديد من القوانين الجنائية قد عدلت عما كانت عليه من اعتبار بدأ سن التمييز في الثالثة عشر من العمر جاعلة إيّاه في سن السابعة[1] على أن تكون فترة ما بعد سن التمييز (السابعة) إلى الثالثة عشر فترة تأديب، وفترة ما قبل سن التمييز (السابعة) فترة انعدام لأي نوع من أنواع المسؤولية.

وهو يوافق ما جاء به الفقه الإسلامي إن لم نقل قد أخذ منه نقلا، كما هو الشأن بالنسبة للعديد من العلوم التي تم نقلها عن المسلمون في القرون الخوالي.

وما ذهب إليه الفقه الإسلامي يعد أمر منطقي جدا، إذا ما أخذ به القانون الجنائي الجزائري إذ يمكن من تجنب التناقض، هذا وإن كان بد من تقسيم فترة المسؤولية للحدث إلى أكثر مما نص عليه الفقه الإسلامي بسبب طول مدتها إلى حين البلوغ، وتعديلا لما جاء به القانون الجنائي الجزائري يمكن أن نجعل تقسيمها على النحو التالي بيانه:

الطور الأول: من حيث الولادة إلى غاية سن السابعة.

---

[1] عدل القانون المصري وكذا القانون الفرنسي سن التمييز يجعله سن السابعة بعد أن كان في سن الثالثة عشر أنظر: عادل يحيى قرني علي، ص 250، 255، 256؛ عبد الفتاح خضر: المصدر السابق 335.

الطور الثاني: من حيث السابعة إلى غاية الثامنة عشر، يقسم إلى قسمين:

أ- من حيث السابعة إلى الثالثة عشر.

ب- من حيث الثالثة عشر إلى الثامنة عشر.

الطور الثالث: من حيث الثامنة عشر وما بعدها.

3- الطور الثالث: المسـ ـؤولية الجنائيـ ـ ـة:

تبدأ هذه الفترة في القانون الجنائي الجزائري بمجرد نهاية فترة الحداثة وقد حدد قانون الإجراءات الجنائية الجزائري بلوغ الحدث القانوني بسن ثماني عشر سنة كاملة وهو يوافق ما ذهب إليه بعض الرأي في الفقه الإسلامي. إذ تنص المادة 442: "يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر" وتحديد قانون الإجراءات الجنائية الجزائري لهذه السن، كسن لثبوت المسؤولية الجنائية كأمارة ظاهرة وحكم منضبط متى وجدت وجد الحكم مالم يطرأ ما يعيب عليها، إذ في هذه الفترة يكتمل إدراك الإنسان وتتبلور بنيته الجسمية بشكل يمكنه من تحمل مشاق المسؤولية.

المطلب الثاني: الجنون والعاهات العقلية:

عُد الجنون فيما مضى إحدى الأسباب التي تستوجب المساءلة الجنائية ويصحبها تنفيذ العقوبة على من ابتلى به إن ارتكب فعلا مجرما وهو على تلك الحال.

فلم يكن معلوم في الأنظمة القانونية الوضعية بأنا حالة مرضية توجب العلاج أكثر من العقاب، وتوجب الرحمة والرأفة أكثر من القسوة والشدة، لكن مجيء الإسلام بأسس الرحمة والعدالة غيّر الأحكام ونص على أن الجنون وما ماثله من حالات ماهو إلا حالة مرضية يفقد صاحبها على إثرها الإدراك وبالتالي تمنع عنه التبعة.

فما هو الجنون وما أثره على التبعة الجنائية؟.

الفرع الأول: مفهوم الجنون في الفقه الإسلامي والقانون وأقسامه

أولاً: الجنون في الفقه الإسلامي:

الجنون في اللغة:

الجنون لغة مأخوذ من مادة جنّ، يقال جنّ الشّيء يجّنه جنّا أي ستره ومنه قوله تبارك وتعالى: (**نُ وَالقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ مَا أَنتَ بِنِعْمَةِ رَبكَ بِمَجْنُونٍ.**)[1] وقوله جلا وعلا: (**وَمَا صَاحِبُكُمْ بِمَجْنُونٍ**)[2] ومنه سمي الجنين جنينا لاستتاره في رحم الأم وعدم إمكانية ظهوره وسميّ الجنيّ كذلك لاختفائه عن أعين الناس[3].

---

[1]- سورة القلم: الآية2 .

[2]- سورة التكوير الآية 22.

[3]- أنظر: لسان العرب: باب الجيم " مادة جن" 2/ 385- 386 ، الصحاح: باب النون: فصل الجيم (مادة جن) 5/ 2093-5902 ، القاموس المحيط: باب الأم فصل الجيم (مادة جن) ص 1069- 1080.

ويسمى فاقد العقل مجنونا لاحتجاب عقله وعجزه عن إدراك الأمور إدراكا صحيحا.

ب- الجنون في **الاصطلاح الفقهي:** عرّف الجنون على أنه: "كل اضطراب مرضي عقلي أو عصبي أو نفسي من شأنه أن يؤدّي إلى فقد الإدراك أو الوعي، وبالتالي فقد جريه التدّبر والإختيار[1] وكثيرة هي الحالات التي يكون فيها الإنسان فاقدا للإدراك بل وللتمييز ولو بقدره الضئيل جرّاء علل إعترت الدماغ فأحدثت به خللاً فأضعف وظيفته أو أعدمها بشكل كلي وسواء أكان ذلك الخلل الحاصل خلقا في الإنسان منذ مولده أم خلل اعتراه إبّان طور من أطوار حياته قدره الله عليه، فإنّ مجرد الحكم بفقد الإدراك بالقدر اللازم والمعتبر لتحمل الأعباء يسقط عنه التبعة.

وإذا راجعنا كتب الفقهاء نجد أنّ المصطلحات التي تداولتها هاته الكتب لا تخرج عن لفظ: الجنون - العته وما شابه كالنوم والاغماء غير أنّ التطور العلمي في المجال الطبي كشف الغطاء عن حالات أخرى وإن اختلفت إطلاقاتها إلا أنّ حكمها واحد إمتناع التبعة وسقوط العقوبة كما ذهب إلى ذلك غير واحد من الباحثين المعاصرين.

فإذا كان الجنون هو فقد كلي للإدراك يصحبه هيجان فإن العته يضعف الإدراك "فكما أنّ الجنون يشبه أحوال الصبا في عدم العقل، يشبه العته آخر أحوال الصبا، في وجود أصل العقل مع تمكن خلل فيه..."[2]، ويصحبه هدوء في معظم الأحوال، وبالرغم من الإختلاف الحاصل في تقدير نسبة الإدراك بين العدم والضعف إلا أن كلاهما يسقط التبعة.

---

[1] عبد الفتاح خضر: نفس المصدر السابق ص 327.

[2] كشف الأسرار: نفس المصدر السابق 385/4.

ومثله النوم لقول النبي عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ..." وكذا الإغماء وإن كان كلاهما لا يعدمان الإدراك إلا أنّ حالة حصوله تغيب عنه الإدراك لذا قيل"..لا ينافي العقل بل هو عجز عن استعمال آلة القدرة كالنوم..."[1]

ويضيف العلم حديثا حالات أخرى: كالصرع والهستيريا فإن المصاب بإحدى هاته الأمراض يصاحبه إضطراب شديد من شأنه التأثير على الإدراك، وهناك أيضا الحركة النومية وهو الذي تصدر منه أثناء نومه حركات من دون أدنى ذكرى منه أنه أتاها بعد إفاقتها، وكذا التنويم المغناطيسي الذي يقع على إثره تحت تأثير خارجي متحكم لدرجة أنه يصبح كآلة بيد مؤثره.

ومنها أيضا الملاخوليا التي يصاب الإنسان على إثرها بلوسات ويتصور أشياء لا أساس لها من الصحة.وقد كشف الطب الحديث عن الشخصية السيكوباتية التي يكون للإدمان على الخمر والمخدّرات الأثر الفعّال في إحداث اضطراب في الشخصية وإحداث نوبات الصرع ويذكر الأطباء أنّ إرتكاب جريمة في مثل نوبات الصرع يكون المجرم على إثرها فاقدا للإدراك، أما خارج هاته النوبات فإنه يكون على الأغلب عالم لما يأتيه من الأفعال وبالتالي فإن الحكم بامتناع المسؤولية الجنائية لا أساس له من الصحة[2].

---

[1] كشف الأسرار: نفس المصدر السابق 372/4.

[2] انظر: عبد القادر عودة: نفس المصدر السابق 587/1-593، عبد الفتاح خضر: نفس المصدر السابق ص 328-330، الإنحرافات والضغوط النفسية وأثرها في إرتكاب الجريمة مجلة الشرطة: العدد 350- فبراير سنة 2000، ص14.

وعليه فإن إصابة شخص ما بإحدى هاته الأمراض يفقد على إثرها الإدراك إلى الحدّ المعتبر شرعا وقانونا يمنع المساءلة الجنائية عنه وإن كان يستوجب مساءلة مدنية بقدر الضرر المحدث.

هذه هي عموما الحالات التي تفقد الإنسان إدراكه وفيما يلي بيان المقصود بالجنون في القانون الجزائري.

ثانيًا: الجنون في القانون

جاء نص قانون العقوبات في مادته 47 كالتالي:" لا عقوبة عمن كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة..."

ونجد أن نص قانون العقوبات جاء مقيدا بذكر لفظ الجنون وكأن حالة فقدان الإدراك وانعدامه لا يكون إلا بإصابة المرء بحالة الجنون مع أن ما يدلي به العلم الحديث من أبحاث واكتشافات يبرز أن الجنون ماهو إلا حالة من الحالات التي يحدث على إثرها فقدان الإدراك، وبناءا عليه رأى شرّاح القانون الجنائي الجزائري أن مبدأ التفسير بات ضروريا في مثل هذه الحالة فالأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه يوسع من دائرة الحالات التي يعد وقوعها داخلا في زمرة الأمراض والعاهات التي من شأنها إعدام الإدراك أو الانتقاص منه بشكل يؤثر على سلامة العقل والإخلال بوظيفته تمييزا بين الخير والشر.

غير أننا نجد نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السّن، أو عته، أو جنون..." وبهذا التنصيص يجعل التشريع المدني الجزائري حالة المعتوه والمجنون سواء، بمعنى آخر فقد سوى بينهما رغم ما بهما من فوارق في الأحكام باعتبارهما في زمرة المحجور عليهم، وهذا ما لم يقر به الفقه الإسلامي وعلى كل فإن العبرة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون

الجنائي الجزائري بما هو مؤثر في سلامة وكمال الإدراك وعليه عرف شراح القانون الجزائري الجنون بأنه:" من كان في حالة تفقده الوعي وتجعله غير قادر على التمييز في أفعاله"[1].

وبذا التعريف يتسع المعنى لأكثر من حالة حيث يشمل كل الأمراض العصبية- النفسية- العقلية ما إن أثبتت.

ويلي بياننا لتعريف الجنون في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري بيان لأقسامه.

ثالثًا: أقسام الجنون

ينقسم الجنون إلى ثلاث أقسام ولا خلاف في ذلك بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

1- القسم الأول: الجنون الكلّي أو ما يسمى بالجنون المطبق وهو الذي لا سبيل لأن يعقل صاحبه شيئا وهو مستمر من دون انقطاع.

2- القسم الثاني: الجنون المتقطع: وهو الذي يأتيه تارة وينقطع عنه أخرى وعلى الرغم من ذلك فلا مجال للنقاش في توافر نسبة من الإدراك لأنه منعدم.

3- القسم الثالث: الجنون غير الكلّي أو ما يعرف بالجزئي وهو الذي يكون فيه الشخص فاقدا للإدراك في أمور مدركا في غيرها، وفي هاته الحال تمنع عنه التبعة الجنائية في الأولى دون الثانية.

الفرع الثاني: إثبات الجنون في **الفقه الجنائي الإسلامي والقانون**

---

[1] عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق 311/1.

أولاً- في الفقه الإسلامي:

إن حالة مرضية كالجنون مهما اختلفت تسميتها فإن نتيجتها واحدة إذ تمثل جملة من الاضطرابات والتشنجات العصبية والنفسية وهي أمور من شأنها أن لا تخفى على الخاصة وكذا العامة، وبالتالي فإن المصاب بجنون دائم مطبق أمره أو حاله معروف بين الناس فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم استشباته في قضية الزنا التي رفعت إليه عليه الصلاة والسلام بإقرار من الجاني نفسه بسؤال المرّة والمرّتين حول حالته العقلية.

أمّا إن كان ممن يجن حينا ويفيق حينا أخرى فإن العلماء على أنه إذا أقر بعد إفاقته باقترافه لجريمة وقد عرف له حاله فالقول على ما قاله، أما إن أنكر الولي قوله وتبّين من دلائل الحال كذب الجاني وعدم جنونه فالقول قول الولي[1].

ثانيًا- في القانون

يعول أهل القانون في مسألة إثبات الحالة العقلية للإنسان وقت اقترافه الفعل على القاضي.

إذ هو الشخص الوحيد الكفيل بتولي مثل هاته المهمة ويستند في ذلك على ظروف الحال للجاني فالذي يعرف عليه مثل هذا الحال -أي الجنون- يكون أمره مما لا يخفى على أحد.

غير أن إصدار حكم بضرورة وضع الشخص في مؤسسة للعلاج يلزم القاضي بضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات حالته المرضية وهذا طبقا

---

[1] انظر: ابن قدامة: نفس المصدر السابق 357/9، البهوتي: نفس المصدر السابق 614/6.

لما نصت عليه المادة 21: " يجب إثبات الخلل في الحكم بالحجز بعد الفحص الطبي".

وهذا يعني أن حرية القاضي في أمر الإثبات مقيدة من جهة، إذ أنه وعندما يتعلق الأمر بإصدار حكم باتخاذ أحد التدابير الأمنية القائمة على توافر الخطورة الإجرامية وهو وضع الجاني في مؤسسة للعلاج فإن الإثبات والاستعانة بأهل الخبرة بات ضروريا.

الفرع الثالث: أثر الجنون على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

يمكن حصر الجنون بصفة عامة على التبعة الجنائية في حالتين إثنتين:

- الجنون وقت ارتكاب الجريمة.
- الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة.

أولاً: أثر الجنون في الفقه الإسلامي

1- الجنون وقت ارتكاب الجريمة:

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين أن مرتكب جريمة في حالة فقدانه الإدراك بسبب الجنون أو عاهة عقلية تسقط عنه التبعة ويرتفع عنه تنفيذ العقوبة وذلك لما ثبت أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه همّ برجم مجنونة زنت فقال: "...علي لعمر أما علمت أنّ القلم رفع عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ"[1].

[1] رواه البخاري في الجامع الصحيح 21/2 [كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب: لا يرجم المجنون والمجنونة]، وقد ذكر الحديث بلفظ آخر وتقدم تخريجه.

ولكن امتناع التبعة الجنائية لا يحول دون ثبوت التعويض لأن المجنون وإن لم يكن مكلفا بسبب فقدانه لأهلية الأداء، فإنه ممتنع إلى جانب هذا بأهلية وجوب تلزمه الضمان

وعلى هذا القدر اتفق الفقهاء المسلمون مع اختلافهم فيما عداه:

- إذ يذهب كل من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في رواية إلى أن التعويض الذي يلزم به المجنون جرّاء الأضرار المحدثة من قبله تحمله العاقلة[1]

- ويذهب الشافعية إلى أن التعويض الذي يلزم به المجنون ليس على العاقلة أن تتحمله بل واجب عليه في ماله[2].

وسبب الخلاف: راجع إلى اعتبار فعل المجنون عمدا أم خطأ؟

وقد تم عرض أقوال الفقهاء بخصوص هاته المسألة سالفا ولذا سأذكرها بإيجاز هاهنا:

- ذهب كل من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في رواية لا عمد للمجنون بل عمده خطأ لهذا أسقطت عنه العقوبة من حدود وقصاص وأوجب بدل عنها التأديب لإنعدام التكليف[3] .

وذهب الشافعية في رواية إلى أن عمد المجنون عمد لوجوب التأديب في حقه لأنه لو لم يكن كذلك لصح أنه خطأ.

فالذين أوجبوا الضمان على العاقلة أخذوا بالقاعدة المعمول بها في الفقه الإسلامي أن جريمة الخطأ تتحملها العاقلة فمن أخطأ انتفى قصده إلى

---

[1] انظر: محمد بن الحسن الشيباني: نفس المصدر السابق 442/4، القرافي: نفس المصدر السابق 273/12، البهوتي: نفس المصدر السابق 65/6.

[2] انظر: نفس المصدر السابق 127/6، الشيرازي: نفس المصدر السابق 211/3-212.

[3] انظر: المرغيناني: المصدر السابق 188/4، الخرشي: المصدر السابق 3/8.

تحقيق نتيجة الجريمة والسعي لها منذ البداية فليس هذا عمل مدرك متعمد بل إن حتى ما يأتيه العاقل قد ينتفي عنه قصده إلى تحقيق نتيجة وتخفف عنه المسؤولية فكيف إذن بمجنون[1].

2- الجنون بعد ارتكاب الجريمة:

إن إصابة الجاني بالجنون أو بأية عاهة عقلية بعد ارتكاب الجريمة لا يخلو إما أن يكون قبل الحكم أو أن يكون بعد الحكم وعليه فإن أثر الجنون في هاته الحال يكون كالتالي:

أ- الجنون الطارئ على الجاني قبل الحكم: يختلف العلماء في هاته الحال: فيذهب كل من الحنفية والمالكية إلى أنه إن طرأ الجنون على الجاني بعد الجريمة وقبل النطق بالحكم فلا يمكن الاستمرار حسب رأيهم بالمقاضاة لانتفاء

التكليف الذي يعد شرطا لا يحدوه شرط في الأهمية كاشتراطه في تنفيذ الحكم، أما الشافعية والحنابلة: فيرون أن الجنون الطارئ بعد الجريمة وقبل الحكم لا يوقف من سير المقاضاة شيئا ولا يعيق سير المحاكمة بحال من الأحوال فهم لا يشترطون التكليف وقت المقاضاة.

ب- الجنون الطارئ على الجاني بعد الحكم: وقد اختلف العلماء في هاته الحال على مايلي:

- فذهب الأحناف إلى أن الشروع في مباشرة القضاء لا يمكن إيقافه ويعد شروعا عند الحنفية مجرد تسليم المجنون للتنفيذ أما إن لم يشرع في التنفيذ

[1] أنظر: عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 4/378-379

فيفضل حسب رأي المذهب إيقاف تنفيذ الحكم وإن كان قصاصا جعل بدلا عنه الدية.

- ويرى المالكية بضرورة وقف تنفيذ الحكم إلى حال إفاقته من الجنون أما إن يئس من إفاقته من حالته تلك فتلزم الدية بدل القصاص إن كان الحكم متضمنا لعقوبة القصاص على رأي وعلى رأي الولي الخيار بين القصاص أو الدية[1].

ويذهب الشافعية والحنابلة إلى التفريق بين ما إذا كانت الجريمة قد أثبتت بإقرار أو بّينة وبين ما إذا كانت قصاصا أو حدا، فإذا كانت من جرائم الحدود أوقف التنفيذ على صاحبها حال جنونه لأنه يجوز له الرجوع عن إقراره حال صحوه ولأنا متعلقة بحقوق الله تعالى جاز له الرجوع عنها إن تبّين له عدم صحة إقراره أما إن كان ما ارتكب أثبت بّينة فيزاول تنفيذ الحكم ويحتج القائلين بذا أن العبرة بوقت اقتراف الجريمة وقد اقترفها حال إدراكه الكامل. وأما إن كان الحكم قصاصا فلا يوقف التنفيذ سواء أثبت ذلك بإقرار أم بينة لتعلقه بحقوق العباد[2].

- وإن كان هذا هو أثر الجنون أو العاهة العقلية على التبعة الجنائية في الفقه الإسلامي فما مدى الأثر الذي يحدثه في القانون الجنائي الجزائري؟.

ثانيًا: أثر الجنون على التبعة في القانون

- إن بيان الأثر الذي يحدثه الجنون على تبعة الإنسان يستوي في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري، أما وإن كان الفقه الإسلامي قد قام

---

[1] انظر: مالك بن أنس نفس المصدر السابق 399/16. القرافي: 273/12-274.

[2] انظر: ابن قدامة نفس المصدر السابق 357/9-358، 169/10-170

ببيان جل آثاره وإن اختلفت بعض الآراء، فإن القانون الجزائري قد صرح عن أثر واحد طبقا لنص المادة 47 عقوبات وسكت عن غيره من دون أدنى بيان.

1- الجنون قبل الجريمة: لا جدال بين القانونين بأن فقد الإدراك بسبب حالة مرضية يكون لها من الأثر بحيث يحدث خلل من شأنه التأثير على سلامة العقل وبالتالي فإن ما يحدثه وهو على تلك الحال لا يمكن مساءلته عنه وهو أمر منطقي طبقا للقواعد العامة التي تقوم عليها السياسة الجنائية في القانون من أن الذي يسأل لا بد أن يكون أهلا لهاته المسؤولية فالفاقد للأهلية الجنائية يستحيل إسناد الفعل إليه.

غير أن سقوط المسؤولية الجنائية عن صاحبها لا يمنع عنه من المفروض قيام المسؤولية المدنية لأن الـنون إلى جانب فقد أهليته لا يمكن اعتبار فعله مقصودا تحقيقه من قبله إذ ينتفي وصف العمد وعليه فإن ما ارتكبه يكون خطأ يوجب المسؤولية المدنية طبقا للقواعد المعمول بـا في القانون.

غير أنّ هذا الرأي اختلف فيه بين القانونين بين مؤيد له ورافض له فهناك من يطبق القواعد التي تقوم عليها السياسة الجنائية بحذافيرها بحيث يجعل فقد الأهلية إلى جانب أنه يمنع المساءلة الجنائية يمنع أيضا المساءلة المدنية وعليه يرى أصحاب هذا الرأي أن الـنون تمنع عنه المسؤولية المدنية وللولي أن يتحمل عبئها باعتباره المسؤول الأول والأخير عنه. وبناءًا على هذا الرأي نجد نص القانون المدني 134: :كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضّرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضّار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضّار غير مميز" وفيه إشارة إلى الصبي الحدث.

وثمت رأي آخر يذهب إلى أن سقوط المسؤولية الجنائية عنه لا يمنع الحكم بالمسؤولية المدنية.

2- الجنون بعد الجريمة: ويعتري هذا القسم صورتان كما هو الحال في الفقه الإسلامي قبل المحاكمة وبعد المحاكمة.

أ- قبل المحاكمة: يحدث أن يطرأ الجنون بعد ارتكاب الجريمة فإن كان ذلك قبل المحاكمة فإن حالة الجاني العقلية حينئذ تعيق كلّ الإجراءات اللازم اتخاذها كما لو كان سليم العقل.

ب- بعد المحاكمة: إذا طرأ الجنون بعد المحاكمة وقبيل تنفيذ العقوبة فإنه وبناءًا على أن العقوبة تهدف لتحقيق ردع عام وآخر خاص فإنه من البديهي أن يكون تنفيذ العقوبة على مجنون ضرب من العبث لهذا يرى أهل القانون تأجيل التنفيذ لوقت لاحق حتى يتبّين الشفاء.

المطلب الثالث: السكر:

الفرع الأول: مفهوم السكر في الفقه الإسلامي والقانون:

أولاً: في **الفقه الإسلامي**

1- السكر في **اللغة:** مأخوذ من مادة سكر، يقال: سَكَرَ، يَسْكُرُ، سكراً، فهو سكران وسكرانة والجمع سكارى.وشخص سكران أي شخص غير صاحٍ، أي غشيت عن النظر، وقوله أيضا:" **وَتَرَى النَاسَ سُكَاَرى وَمَاهُمْ بِسُكَاَرى**"[1] وهم سكارى من العذاب وليس من

---

[1] سورة الحج الآية 2.

الشراب[1]، والشخص السكران شخص غُشِيَ عن إدراك سليم وصحيح لمقاصد الأمور بسبب ما تناوله من مواد مسكّرة لهذا كان استعمال هذه اللفظة يتماشى ومضمون هذا البحث.

2- في الإصطلاح الفقهي:

عرّف العلماء السكر بأنه: " هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له، فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله، ولهذا بقي السكران أهلاً للخطاب..."[2] .وقد عرّف المُسْكِرْ بأنه: "هو المغّيب للعقل مع نشوة وسرور كالخمر[3]

والمزر[4] والبتع[5] والسّكر[1]".[2]فالسكر إذن حالة من الغيبوبة التي تحدث للإنسان إثر تناوله إحدى المواد المسكرة، إذ قد أثبتت الأبحاث ما للسكر

---

[1] انظر: لسان العرب: باب السين، (مادة سكر) 305/6-307؛ الصحاح: باب الرّاء، فصل السين (مادة سكر) 687/2-688؛ القاموس المحيط: باب الرّاء، فصل السين (مادة سكر) ص369.

[2] عبد العزيز البخاري : نفس المصدر السابق 488/4

[3] هو عصير العنب.

[4] وهو نبيذ الشعير والذرة، عن أبي موسى قال: سألت النبي ﷺ عن شراب من العسل، فقال: "ذاك البتع" قلت: وينبذ من الشعير والذرة، فقال: "ذاك المزر، ثم قال: أخبرتكم أن كلأ مسكر حرام".

رواه أبي داوود في السنن 328/3 [كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر] رقم 3684.

[5] وهو نبيذ العسل " عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن البتع وهو نبيذ العسل وكان أهل اليمن يشربونه فقال رسول الله: كل شراب أسكر فهو حرام".

من أثر على خلايا المخ، كيف لا وهي المتحكمة في القدرة على التركيز والتحكّم[3]؛ وسواء كانت هذه المواد المسكرة أحدثت في الإنسان غيبوبة عن طريق الإكراه أو عن طواعية منه أو عن غير علم منه بمحتواها فإن النتيجة واحدة فقدان الشخص لسلامة إدراكه وهو أمر كفيل من المفروض بعدم الإعتداء بأفعاله. وسواء كانت المواد المسكرة خمراً أم مخدّرات فالنتيجة واحدة فقدان الشخص لإدراكه. ولكن ومع أن النتيجة واحدة إلا أن تعدد الأسباب المؤدّية إليها لا تؤدي حتما وفي كل الأحوال إلى منع المسؤولية الجنائية وهو ما سيتضح لاحقا.والسكر المشار إليه في هذا الموضع هو السكر المؤقت لا الدائم أو المستمر كما يسمى فهذا الأخير يدخل في زمرة الجنون أو الاختلال العقلي، كما يشترط فقدان الإدراك فقدا تاماً أمّا إذا انتقص إدراكه بشكل لا يعدم الإدراك فإن تبعته لا تنعدم، وإلى جانب ذلك فإن السكر الذي يعتبر مانعًا هو الذي يكون حدوثه مواكبًا لوقوع الجريمة.

ثانيًا: السكر في القانون

لم يتعرض القانون الجنائي الجزائري للحديث عن السكر –سواء خمر أو مخدّر- كمانع من موانع المسؤولية الجنائية سواء كان ذلك بيان مفهوم السكر أو بيان مدى الأثر الذي يحدثه على تبعة المرء الجنائية.

أخرجه البخاري في الجامع الصحيح 242/6 [كتاب الأشربة، باب الخمر من العسل].

[1] السّكر: "وهو عند أهل اللغة نبيذ التمر"، الصحاح: [باب الرّاء، فصل السين (مادة سكر) 687/2؛ ومنه قوله تبارك وتعالى: "**ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً**" سورة النحل الآية 67.

[2] القرافي: المصدر السابق 217/1.

[3] محمد علي البار: الخمر بين الطب والفقه ص 74 وما بعدها.

اللهم إلا ما كان عند الحديث عن التدابير وبالضبط في موضع الإدمان في المادة 22 تعريضًا منه عن اختلال في الإدراك، إذ تنص المادة 22 من قانون العقوبات على أنّ:"الوضع القضائي في مؤسسة علاجية هو وضع شخص مصاب بإدمان..."والسبب في ذلك هو إقتداءه بالتشريع الفرنسي[1] شبرا بشبر وذراعًا بذراع، إذ من الطبيعي بالنسبة للتشريع الفرنسي عدم تضمّن مواده على تحريم تناول الخمر بالنسبة لأمة مسيحية، أمّا بالنسبة لبلد مسلم كالجزائر فمن المفروض أن الأمر يختلف خاصة وأن الإسلام يحرّمه ويعدّه جريمة ولو لم تقترن بغيرها.

فكيف غفل التشريع الجنائي الجزائري على بيان مسؤولية السكران الجنائية، بل وقد تبعه في ذلك بعض شرّاح القانون كعبد الله سليمان فلم يأتي على ذكر السكر في قائمة ذكره لموانع المسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: مكانة الخمر والمخدّرات في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: الخمر في الفقه الإسلامي

يعد حفظ العقل إحدى المصالح التي جاء الإسلام ليرعاها؛ فالعقل هو المركز والقوة المفكّرة والذي من خلاله تستقيم أفعال المرء ويكون لها معنى ومقصدًا صحيحًا، لذا كان حفظه حفظٌ للنفس من طريق وحفظٌ للدين من طريق آخر، ولهذا أيضا عمد الإسلام إلى أنّ كل ما من شأنه الإضرار به مآله التحريم بلا ريب، لقوله جلّ وعلا:" **إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ**

---

[1] بل إنه وبسبب صمت التشريع الفرنسي في بداية الأمر عن هاته المسألة اختلفت وجهات نظر شرّاح القانون الفرنسي وبالتالي تباينت الأحكام القضائية بين من يرى أن للسكر تأثير على المسؤولية الجنائية وبين من يرى أن لا تأثير عليه.

انظر : توفيق الشاوي، نفس المصدر السابق ص 65.

وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانُ فَاجْتَنِبُوهُ"[1]، وقوله تبارك وتعالى:"**يسْأَلُونَكَ عَنِ الخَمْرِ وَالمَيْسِرِ قُلْ فِيهَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلناسِ**"[2].

كما وبّين الإسلام من خلال ما جاءت به نصوص التشريع الإسلامي ما من شأنه أن يكون علّة يقاس عليها عند غياب النّص وتجدّد الحوادث وكلّ ذلك بناءا على اعتبار المصلحة المحمية شرعًا.

وبما أنّ المخدّرات من شأنا الإخلال بالمصلحة محلّ الحماية لاشتراكها في العلّة الواردة في الأصل –الخمر- ألا وهي السكر فإن تساويها في التحريم مع الخمر أمر مؤكّد في الفقه الإسلامي، وتناولها جريمة يعاقب مرتكبها.

ويتحمل عبء التبعة فقد جاء:" والحشيشة[3] المصنوعة من ورق القثب حرام أيضا يجلد صاحبها كما يجلد شارب الخمر"[4]، وعليه فإنّ كل من الخمر والمخدّرات يدخلان تحت اسم المسكر الذي من شأنه المساس والإضرار بإدراك المرء وسلامته وكل منهما جريمة في ميزان الفقه الإسلامي.

ثانيًا: الخمر في القانون

1- بخصوص الخمر:

ليس في التشريع الجنائي الجزائري مادّة، تبّين بوضوح موقف ورأي التشريع الجنائي الجزائري بخصوص مسألة الخمر وما مدى اعتبار تناولها جريمة قائمة بذاتا من دون أن تقترن بجريمة ثانية؟. ففي 28 ديسمبر سنة

---

[1] سورة المائدة الآية 90.

[2] سورة البقرة الآية 219.

[3] هي نوع من أنواع المخدّرات وليس ذكرها هنا التقّيد بذا النوع فقط، بل بكل الأنواع التي من شأنا أن تدخل تحت اسم المخدّرات وتفعل فعلتها.

[4] ابن تيمية : السياسة الشرعية ص 133

1962م تم إصدار مرسوم بحظر تناول الخمور إلا أنّ هذا لم يكن إلا مجّرد مرسوم مؤرخ، لم يتعدّاه لحيز التطبيق، وبعد هذا المرسوم عمّ صمت كبير من طرف التشريع الجنائي الجزائري بخصوص تجريم تناول الخمر، ولعلّ صمت التشريع بخصوص المسألة كما فسّره البعض هو أنّ "شرب الخمر في حد ذاته غير مضّر للمجتمع، ومادام كذلك فهو سلوك مباح، فالمشّرع لا يتدخل لتجريم سلوك إلاّ في حالة ما إذا تجاوز نطاقه الفردي والخاص بحيث يترتب عنه ضرراً للغير"[1]

في حين أن الإطلاع على نتائج البحوث العلمية الحديثة بخصوص مسألة الخمر وما تحدثه من أضرار كفيلة بأن تلزم وتحمل التشريع الجنائي الجزائري على إعادة النظر في مسألة شرب الخمر من حيث اعتبار مجّرد تناولها جريمة في نصوص مواد القانون الجنائي؟

إذ ثبتت الأبحاث العلمية بأن شرب الخمر أوّل ما يحدثه في الإنسان إفساد خلايا المخ وبالتالي فقد الإدراك تمامًا، ويكون ذلك في أوّل قسم من أقسام السكر إذ يبّين علماء الطب أن نسبة الكحول في هذا القسم –السكر الخفيف- ما بين خمسين ومائة مليجراما في كلّ مائة سنتي من الدم، ومع ذلك فإنّ أغلب الجرائم الجنسية ترتكب في هذا القسم[2].

ومع ذلك ُيصّر التشريع الجزائري على أن تناول الخمر لا يعتبر جريمة قائمة بذاتا مالم يتعدّ مضارها الغير مثلاً في المصالح المحمية قانونًا، مّما يعني عدم وجود عقوبة جنائية مقّررة لمقترفها.

فمتى يعتبر التشريع الجنائي الجزائري شرب الخمر جريمة؟

---

[1] نواصر العايش: شرب الخمر والتشريع الجنائي الجزائري ص 671.

[2] محمد علي الباز: الخمر بين الطب والفقه ص 40، 43، 74، 77.

إن الحديث عن السكر في التشريع الجنائي الجزائري هو حديث عن السكر المفرط، عند اقترانه بجريمة أخرى، فحالة السكر إذا ما اقترفت في مكان عمومي تعتبر جريمة طبقًا لنص المادة التالية:"يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000دج كل من ارتكب فعلاً علانًيا مخلاً بالحياء"[1].

ومع اعتبار السكر في هاته الحالة جريمة غير أنه لا يتعدى كونه مجّرد مخالفة في ترتيب درجة جسامة الجرائم، وفي أحيان أخرى يتعداه ليرقى لدرجة جنحة.

وليس السكر العلني وحده هو ما يعتبره القانون الجنائي الجزائري جريمة، بل تمت جريمة السكر في حال القيادة أيضًا وذلك طبقا لنص المادة 241 من قانون المرور:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 5000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص يسوق مركبة وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مشروب كحولي...".

وكل سكر كان سببًا في إرتكاب جريمة ثانية كنتيجة للحالة التي كان عليها يعدّ صاحبها مرتكبًا لجريمة يعاقب صاحبها بما هو محّدد في قانون العقوبات في نص المادة 290 "تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و289[2] إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر..."

---

[1] 333 من قانون العقوبات.

[2] المادة 288 تنص على أنّ:" كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أم عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار"

هذا باختصار مسألة الخمر في التشريع الجنائي الجزائري وفيما يليه الحديث عن المخدرات من حيث المسألة التي تحتلها أي هل تتساوى مع الخمر في عدم اعتبار تناولها جريمة أم تمت خلاف بينهما ؟

2- بخصوص المخدّرات:

تختلف مكانة المخدّرات عن مكانة الخمر في التشريع الجزائري.

إذ يعتبرها التشريع من المواد المحظورة جنائيًا سواء كان ذلك عن طريق الاتجار فيها أو طريق تناولها فكلاهما جرائم يتشدّد في العقاب عنها، ولعلّ أهم ما يميز المخدّرات عن الخمر وهو الأمر الأهم بالنسبة لنا، أنّ الخمر لا يعدّ جريمة إلا إذا اقترن بغيرها في حين أنّ المخدّرات وحدها تعدّ جريمة من دون حاجة إلى أن تقترن بفعل آخر ومهما كانت الكمية المتناولة ونصوص القانون في تجريمها لا تعدّ ولا تحصى[1].

الفرع الثالث: وسائل إثبات السكر في الفقه الإسلامي والقانون

لمّا كان موضوع الإثبات كفيل بتحديد المسؤول فإن تسليط الضوء على مسألة الإثبات ومعرفة ما يتعلق به من وسائل هو ما ستتولى الخطوة الموالية بيانه:

أولاً- إثبات السكر في الفقه الإسلامي:

وتنص المادة 289 على أنه:" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الإحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدّى إلى العجز الكلّي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

[1] انظر: محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم الخاص- ص206-211.

تعددت وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي لهاته الجريمة؛ فمنها ماكانت على عهد النبيﷺ ومنها ما استحدث على عهد عمر بن الخطاب، إلا أنّ ثمت فارق بين إثبات جريمة السكر وبين إثبات جريمة تناول المخدّر والسبب في ذلك أن جريمة الخمر هي من جرائم الحدود وعقوبتها مقدّرة من طرف الشارع الحكيم، أمّا جريمة تناول المخدّر وإن اتحدّت في العلّة مع سابقتها إلا أنّها غير منصوص عليها في نصوص التشريع الإسلامي وعقوبتها بالتالي غير مقدرة من طرف الشارع الحكيم كما هو الحال في جرائم وعقوبات الحدود ومن ثم كانت عقوبتها تدخل حيّز التعازير وكما هو معلوم فإنّ طرق الإثبات تختلف في مجال الحدود عنه في مجال التعزير على نحو ما سنبيّنه بإيجاز فيما يلي:

- اعتمد النبي ﷺ على وسائل لإثبات جريمة شرب الخمر وهي الوسائل المعتمدة في الفقه الإسلامي عمومًا في إثبات جرائم الحدود وهي: الإقرار، البيّنة.

1- الإقرار: والمقصود به إقرار البالغ العاقل المختار "فلا يصح إقرار الصبي والمجنون والمكره" على نفسه بارتكابه لجريمة شرب الخمر عن علم منه بالتحريم وعلى أنّ ارتكابه لها كان عن طواعية منه واختيار.

غير أن الفقهاء اختلفوا في مسألة إقرار السكران إذ يذهب الأحناف إلى القول أن إقّرار السكران إن تعلق بحق من حقوق العباد كالطلاق يعتّد به والبيع والإقراض وغيرها من التصرفات، أمّا إن تعلق بحق من حقوق الله تعالى فإن إقرار السكران لا يعتّد به لأن جريمة شرب الخمر حق من

حقوق الله تعالى فهو حدّ مقدّر يستوجب كمال الصحو وسلامة الإدراك[1] لاحتمال اختلاط كلامه بالكذب.

أما الشافعية فلا يقيمون فرقًا بين حق الله تعالى وحق العبد في مسألة إقرار السكران إذ يعتبر الشافعية أن تواجده في حالة السكر والتي تعد معصية كان في ما ارتكب فإن ترتّب آثار بناء على إقراره في حالة السكر يعدّ جزاءا له[2]، والحنابلة لا يعتبرون إقرار السكران ودليلهم في ذلك أن النبي ﷺ استنكه ما عزا[3] عند إقراره بجريمته بغية التثبت أهو سكران أم لا؟، أمّا الظاهرية ممثّلة في ابن حزم الظاهري فلا تعتّد بإقرار السكران فيما يتعلق بحقوق الله ولا بحقوق العباد وإن كان ما وصل إليه من حال كان بناء ونتيجة لمعصية هو اقترفها[4].

2- البيّنة: وهي شهادة رجلين عدلين إذ لا تقبل شهادة النساء في مجال الحدود، على أنّ ما وجد في فلان من رائحة هي رائحة خمر أو على رؤيتهما له وهو يتناولها[5].

---

[1] انظر: عبد العزيز البخاري: نفس المصدر السابق 393/4؛ بن نجيم : نفس المصدر السابق 30/5، بن قدامة: نفس المصدر السابق 169/10، 172؛ البهوتي : نفس المصر السابق 151/6.

[2] انظر: الشيرازي: نفس المصدر السابق 343/2.

[3] هو ماعز بن مالك الأسلمي، اسمه غريب ولقبه ماعز، صاحب الجرأة الفذة بإقرار بذنب ارتكبه وإصراره على تطهير نفسه مهما كان والذي قال عنه النبي ﷺ :" لقد تاب توبة لو تابا طائفة من أمتي لأجزأت عنهم"، أنظر: القرطبي؛ الاستيعاب 418/3؛ ابن حجر، الإصابة 317/3، ابن سعد: الطبقات الكبرى 241/4-242

[4] ابن قدامة : نفس المصدر السابق 171/10.

[5] نفس المصدر السابق 333/10.

أمّا إن حدث وأن اختلف شاهدان حول ما تعاطاه بين أن يكون خمرًا أو غيره من الشراب مما يسكر عادة فيذكر الفقهاء أن هذا غير مخلٍ بأصل الشهادة وذلك اجتماعهما على أصل السبب[1].

وهنا يكمن وجه الفارق، فبينما تشترط الذروة في الحدود، فإنّ جرائم التعازير لا يشترط فيها هذا الشرط فهي تثبت بما تبثث به الحقوق وتجوز فيه شهادة النساء وذلك بناءا على ما جاء به الفقه الإسلامي رجلين أو رجل وامرأتين.

- وقد زيد على هاته الوسائل في عهد عمر بن الخطاب قرائن أخرى ظاهرة اعتمدها رضي الله تعالى عنه في إثبات المسؤولية الجنائية وليس القول باعتمادها في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنها لم تكن موجودة على عهد النبي ﷺ بل أنها وجدت غير أنها لم ترقى إلى مرتبة الوسيلة المعتمدة للإثبات.

هذا واعتماد عمر بن الخطاب رضي الله عنه لهاته القرائن إنما هو من باب السياسة الشرعية عندما رأى ارتفاع نسبة جريمة الشرب في البلاد الإسلامية آنذاك.

وهاته القرائن هي: الرائحة، القيء، فد ورد في الصحيح:"...قال عمر وجدتُ من عبيد الله ريح شراب وأنا سائل عنه فإن كان يسكر جلدته"[2].

---

[1] انظر: القرافي: نفس المصدر السابق 202/12-203.

[2] البخاري: 244/6 "كتاب الأشربة، باب الباذق ومن نهى عن كلّ مسكر من الأشربة".

وبالرغم من اختلاف الفقهاء[1] بخصوص هاته القرائن في مجال الإثبات، إلا أن التقدم والتطور الذي أحرز في المجال العلمي قد أقّر ببعض هاته القرائن التي استعملها عمر بن الخطاب منذ عقود.

فقد أثبتت الأبحاث العلمية أن نسبة 5% من كمية الكحول غير المؤكسدة "والتي تعادل 10% في جسم الإنسان" تفرزه الرئتان وبالتالي تظهر رائحة الخمر في الإنسان مع هواء الزفير و5% الباقية تظهر عن طريق الإفرازات البولية وجزء ضئيل عن طريق العرق واللّعاب 3%.

إلى جانب ذلك فقد جنّد العلم الحديث وسائل في غاية الدّقة وذلك من خلال أجهزة خاصة:

- تقاس بها رائحة الكحول.
- تقاس بها لمعرفة مدى تأثير الكحول على الجهاز العصبي.
- تقاس بها لمعرفة مدى تأثير الكحول على الجهاز الحركي.
- لمعرفة نسبة أو كمية الكحول في جسم الشارب عن طريق التحاليل المخبرية.

كما تؤكّد الأبحاث العلمية إمكانية فحص القيء لاعتماده قرينة لإثبات جريمة الشرب

---

[1] نقل ابن رشد الحفيد خلاف الفقهاء بخصوصها بقوله "...فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز: يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان، وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحدّ بالرائحة.

فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائع، والحد يدرأ بالشبه" بداية المجتهد ونهاية المقتصد 286/2؛ وأنظر أيضا: المواق: نفس المصدر السابق 433/8، بن قدامة 331/10-332.

بيد أنّ الاعتماد عليها يصعب لأنه فحص تشترط فيه الفورية وإلا لما كان أمكن ذلك[1].

ثانيًا- إثبات السكر في القانون

يقوم القانون الجنائي الجزائري لإثبات جريمة السكر على وسائل الإثبات المعروفة والمعهودة غير أنه يفرّق في عملية الإثبات هاته بين حالتين اثنين:

1- الحالة الأولى:

اعتمد القانون الجنائي الجزائري على جملة من مسائل الإثبات في المسائل الجنائية عموما إذ ينص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في إحدى مواده على أنّه: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك"[2]، وهاته الوسائل لا تختلف عمّا هو الحال في الفقه الإسلامي من: الإقرار- الشهادة أو شهادة الشهود- وزيد عنه حديثا بطبيعة الحال الفحوص الطبية.

كما تنص المادة 3/400 إجراءات جزائية "الدليل الذي يقبل على إرتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إمّا على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبيس، وبإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي"[3].

ولكن يبقى القانون الجنائي الجزائري يخص بعض الحالات بالفحوص الطبية المخبرية دون غيرها من الوسائل، كما هو الشأن في الحالة الموالية.

2- الحالة الثانية:

---

[1] انظر: محمد رضا الأغبش نفس المصدر السابق ص 745- 746- 747.

[2] عبد الله أوهابية: ص38-39.

[3] نفس المصدر السابق ص 39.

نص القانون الجنائي الجزائري في إثبات المسؤولية الجنائية لو ارتكب جريمة السياقة تحت تأثير الكحول على شرطين اثنين:

أ- أن يكون الإثبات[1] بناءا على فحص طبي.

2- إذا أثبت هذا الفحص تواجد كمية 0.80غ في الألف من الكحول في جسم الإنسان، وذلك عملاً بنص المادة 241 من قانون المرور:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة 1000 إلى 5000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص يسوق مركبة وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مشروب يتميز بوجوده في الدّم بنسبة تعادل أو تزيد على 0.80غ في الألف" وهذه الكمية كما أثبتت ذلك الأبحاث العلمية كفيلة بالتأثير على الجهاز الحركي وإضعاف القدرة البصرية عند السائق مما يتسّبب في عواقب وخيمة[2].

وبناءًا عليه فإن إرتكاب الجرائم كصدم شخص أو قتله بسبب القيادة، وهو تحت تأثير السكر فإن عقوبته تشدّد طبقا للمادة 290 من قانون العقوبات:" تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288و289[3] إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرّب من المسؤولية

---

[1] نفس المصدر السابق ص 38-39.

[2] انظر: نواصر العايش : نفس المصدر السابق ص660-661.

[3] تنص المادة 288 من قانون العقوبات على أنه:ً كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 1000 إلى 20.000 دينارً.

أما المادة 289 من قانون العقوبات فتنص على أنه:ً إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتينً.

الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن أو بأية طريقة أخرى".

والسبب في تشديد العقوبة أن الأمر يتعدّاه لجريمة ثانية، إذ تكون الجريمة الأولى جريمة السكر في حال القيادة وتكون الجريمة الثانية ما كان عاقبة الأولى لهذا كانت العقوبة الموقّعة من طرف قانون العقوبات العقوبة الأشّد، وللإمام مالك في مثل هاته المسألة رأي من حيث تشديد العقوبة إذ يرى أنه:" إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس وأروعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحدًا أن تعظم عقوبته بضرب حّد السكر ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه"[1].

وإن كان تشديد العقوبة طبقا لرأي مالك لم يصل إلى حدّ أنه ارتكب جرمًا آذى به الغير بل مجرد الترويع والتخويف كفيل بتشديد العقوبة، تأديبًا له ومنعًا له من العود.

الفرع الرابع:أثر السكر على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً- أثر السكر على التبعة الجنائية في الفقه الإسلامي:

انشطر الرأي في الفقه الإسلامي بخصوص مسؤولية فاقد الإدراك بسبب السكر إلى فريقين اثنين لكل منهما وجهة نظر يبّين فيها رأيه بالخصوص.

الفريق الأول: وهو أحد قولي الشافعي[2] ورواية عن أحمد[3] ورأي ابن حزم الظاهري وهؤلاء يرون بأن السكران لا يسأل جنائيا عمّا ارتكب،

---

[1] الحطّاب: نفس المصدر السابق 433/8.

[2] انظر الشيرازي: نفس المصدر السابق 3/3

[3] ابن قدامة : نفس المصدر السابق 170/10؛ 240/8.

فحاله حال سكره حال فاقدي الإدراك كالصبيان والمانين إذ لا يمكن الإعتداء بأفعالهم لا في بيع ولا في شراء ولا في أيّ تصرف من أي نوع بسبب فقد إدراكهم والسكران في ذلك مثل هؤلاء وأذكر قول بن حزم الظاهري "لا قود على مجنون فيما أصاب في جنونه، ولا على سكران فيما أصابه في سكره المخرج له من عقله ولا على من لم يبلغ ولا على أحد من هؤلاء دّية ولا ضمان، وهؤلاء كالبهائم..."[1].

وعلى حد قول هؤلاء فإن فقد الإدراك بسبب السكر عن إختيار ومن دون عذر شبهة مسقطة للعقوبة فهل يتساوى الأمر إذا كان ما تناوله باختيار منه أو تعمّد تناوله لمرّد الإقدام والحصول على الجرأة الكافية لما هو مقبل عليه.

الفريق الثاني: وهو رأي جميع محققي المذاهب الفقهية والذي عليه العمل عند الفقهاء.

وهؤلاء يقيمون التبعة الجنائية للسكران، إذ يسأل عمّا اقترف ويحاسب بالجزاء المناسب، إذًا فلا فرق بين سكران وصاح إذا كان الذي سكر قد أقدّم على ما أقدم عليه عن طواعية منه وإدراك صحيح فعندئذ لا مفّر من أنه كالصاحي فكلاهما عليه تبعة عمله أو فعله وإن كان تنفيذ العقوبة يستوجب كمال الصحو وحجتهم في ذلك: أن السكر لا يعدم الأهلية وإن كان يفقد الإدراك فقد خاطب القرآن الكريم بقوله تعالى:"**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى**"[2]، فالسكران حين اقترافه الجريمة لم يكن فقده الإدراك عن عذر شرعي وبالتالي فإنّ ما حلّ به كان

---

[1] المصدر السابق 344/10-347.

[2] سورة النساء الآية 43.

نتيجة سلسلة من الأخطاء التي عليه عبء تحملها كاملة فقد جاء:" فأمّا السكران ونحوه فعليه حدّ الزنا والسرقة والشرب والقذف إن فعل ذلك في سكره لأنّ الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عليه حدّ الفدية لكون السكر مظنة لها ولأنه تسبب إلى هذه المحرّمات بسبب لا يعذر فيه فأشبه من لا عذر له"[1]، وجاء أيضا:" السكر لا يصلح شبهة دارئة، لأنه حصل بسبب هو معصية فلا يصلح سببا لتخفيف الحّد لكن الحّد يؤخر إلى الصحو، لأنّ المقصود هو الإنزجار لا يحصل بإقامة الحدّ في حال السكر"[2].

- أن فقد الإدراك حال السكر يختلف عما هو الشأن في غيره كالـنون مثلا، إذا علمنا أن العقل وهو مناط التكليف يكون غائبا حكما لا حقيقة عند السكر وذلك لغياب القصد السليم الصحيح.

محل ال اع:

- يعود اختلاف الفقهاء بشأن المسؤولية الجنائية لمن أوقع نفسه في حال سكر من غير عذر شرعي يبيح له ذلك وعن طواعية منه إلى كون السكران مكلّف أم غير مكلّف؟

والراجح أن السكران مكلّف إذ السكر لا يعدم الأهلية كما تمت الإشارة إلى ذلك ولا يذهب بالعقل حقيقة لأن حينها العقل وهو مناط التكليف موجود وقائم وإن كان بعيد عن وظيفته ومعطّل حينها عن أداء مهمته بسبب السكر فشتّان مابين انعدامه تماما كما هو حال الـنون وبين غيابه

---

[1] ابن قدامة: نفس المصدر السابق 170/10، وانظر أيضا: الشافعي: نفس المصدر السابق 270/5.

[2] عبد العزيز البخاري: نفس المصدر السابق 493/4.

مؤقتة بسبب السكر وخير دليل على ذلك قوله تبارك وتعالى: **"يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصلاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى"**[1].

ثانيًا: أثر السكر على التبعة الجنائية في القانون

تتمحور المسؤولية الجنائية لمن ارتكب جريمة في حال سكر تام مفقد الإدراك ومن غير عذر مباح في نقاط ثلاث، تأخذ هاته النقاط الثلاث على عاتقها إبراز مسؤولية الجاني وهي على هذا إمّا مسؤولية عمدية أو غير عمدية، وإليك بيان ذلك:

1- المسؤولية العمدية: وتتحقق المسؤولية الجنائية العمدية لمرتكب جريمة في حال سكر مفقد الإدراك بإحدى صورتين اثنين إمّا بناءا على توافر القصد الإحتمالي وإما بناءا على توافر القصد المباشر.

أ- القصد الإحتمالي: تتحقق المسؤولية الجنائية في هذه الحال وتثبت على صاحبها بحيث يسأل مسؤولية عمدية عمّا اقترف بناء على وجود القصد الاحتمالي، فمن تناول مادة مخدّرة أو مسكرة وهو يعلم مدى تأثيرها ويقدم على أمر فيه من الخطورة بمكان إمكانية تصوره للنتيجة فلا شك يكون مسؤولا وبغض النظر عن اختلافهم، بأن القول بالقصد الاحتمالي يوحي باختلال شرط من شرطاها ألا وهو عدم معاصرة السكر للفعل إذ أن أغلب ما استقر عليه الرأي في القانون الجنائي أنّ "معاصرة القصد معاصرة للفعل ذاته"[2] وبالتالي فالجاني مسؤول مسؤولية جنائية عمدية عمّا اقترف ويحاسب طبقا لما هو مقرر في القانون من جرائم العمد.

---

[1] سورة النساء الآية 43.

[2] محمود نجيب حسني: نفس المصدر السابق ص 489.

ب- القصد المباشر: إن مسؤولية من تناول مسكر بغية الإقدام على إرتكاب جريمة فلا شك لن تكون مسؤوليته إلا مسؤولية عمدية إذ أنّ الطريقة التي اتخذها للإقدام توحي بأنه مريد للفعل مصمم عليه وذلك باتخاذه السكر طريقة للتنفيذ وعليه فمن غير الممكن القول بامتناع التبعة عنه وإلا فتح الـ ـال أمام كل من تسول له نفسه أن يتخذ السكر وسيلة وذرعا واقيا يقي به نفسه متنصلا بذلك من أعباء التبعة.

وبالرغم من اتفاقهم على اعتبارها مسؤولية عمدية إلا أنـم اختلفوا في تقدير العقوبة.

أولاً: من يرى أن يعاقب عقوبة مشدّدة بسبب قصده المسبق والذي يعدّ إصرارًا منه على إرتكاب الجريمة.

ثانيا: لا يخضع لعقوبة مشدّدة بل للعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة فقط[1]

والذي أرجحه هو الرأي الأوّل والقائل بالعقوبة المشدّدة وذلك لأنّ:

- تناول المخدّر أو المسكر ماهو في الواقع إلا وسيلة تشجيعية للجاني تبعث فيه القدر الكافي والاستعداد اللازم والجرأة الكافية للإقدام على الفعل.
- شدّة إصراره واتجاه نّيته صوبًا إلى تحقيق النتيجة يعدّ بمثابة سبق الإصرار والترّصد التي يقول بـا أهل القانون.
- من غير المنطقي الاحتجاج بانعدام الإدراك لديه وعدم درايته لما يفعل لأنّ تناوله المسكر حدث في وقت كان فيه إدراكه صحيح وسليم.

---

[1] انظر: نصير مصطفى إبراهيم المحامي: المسؤولية الجنائية في السكر مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، العدد الخامس والسادس السنة السادسة والستون ص72.

2- المسؤولية الغير عمدّية: وتتحقق هاته الأخيرة فيما إذا كان ما ارتكبه لم يكن نتيجة إكراه أو جهل لما تناوله كما مر بل نتيجة تقصير وإهمال من طرفه، إذ أنه لم يحتط بما فيه الكفاية حتى أوقع نفسه في الخطأ، حتى ولو لم يتصور النتيجة التي آل إليها بسبب فعله إذ ينص القانون:" كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة..."[1].

وعليه فإذا اشترك الخطأ وحالة السكر في إحداث النتيجة فإنه يسأل مسؤولية غير عمدية ولا شك تشدّد العقوبة طبقًا لما نصت عليه المادة 290 قانون العقوبات:" تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و289 إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر...".

ولكن قد تمنع المسؤولية الجنائية للسكران بسبب توفر أسباب نذكرها فيما يلي:

الفرع الخامس: بعض الأعذار وعلاقتها بمسؤولية السكران الجنائية

أولاً- الجهل وأثره في انتفاء المسؤولية الجنائية للسكران:

1- الجهل في الفقه الإسلامي:

ولكن ماهو الجهل الذي يمكن أن يعدّه الفقهاء مانعًا للمسؤولية الجنائية ؟

إنّ المتصفح لكتب الفقهاء يرى أن الحديث عن الجهل يكمن من ناحيتين اثنين: الجهل بالحكم والجهل بالعين فماهو وضع كلّ منهما بالمسؤولية الجنائية ؟.

أ- الجهل بالحكم: وهو جهل الشخص بتحريم الخمر والمخدّرات فإنّ هاهنا ترتفع العقوبة عنه ولا يسأل لجهله التام بالحكم وعدم علمه وهذا

---

[1] المادة 288 من قانون العقوبات.

باتفاق الفقهاء على ذلك وهو ما عليه العمل فقد جاء:" وكلّ ما نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن يدرأ الحدّ في الشبهة وقد اختلفوا في معنى ذلك فقال: بعضهم الشبهة التي يدرأ بها الحدّ ما يفعله المرء وهو لا يعلم تحريم ذلك"[1].

عكس ما إذا كان الشخص عالمًا بتحريم كل من الخمر والمخدّرات جاهلاً بعقوبة[2] كل منهما فهاهنا لا يؤثر جهله في منع المسؤولية الجنائية عنه وارتفاع العقوبة ودليل ذلك حادثة ماعز رضي الله عنه فجهله بعقوبة زنا المحصن مع علمه بتحريم الفعل عنه لم يمنع عنه التبعة فقد جاء في قوله رضي الله عنه:" فإنّ قومي غرّوني من نفسي وأخبروني أن النبي ﷺ غير قاتلي..."[3]

ولاعتبار الجهل بالحكم مانعًا للمسؤولية الجنائية اشترط الفقهاء شرطان اثنان:

أ- إذا كان الشخص ممّن يعذر بجهله كأن يعيش ببادية بعيدة يتعذر عليه نظرا لبعدها، العلم بالأحكام الشرعية كتحريم الخمر والمخدّرات غير أن مثل هذا الشرط –في نظر- لم يعد لقيامه قائمة فأحكام الإسلام كهاته لم تعد مما يجهل أمرها لعامة الناس بانتشار الإسلام

---

[1] ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم 29/3.

[2] انظر : القرافي: نفس المصدر السابق 201/12.

[3] رواه أبو داوود [رقم 4420]، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك 146/4؛والبهوتي: نفس المصدر السابق ورواه أحمد في المسند رقم (15098)، 466/3.

ب- إذا كان مرتكب جريمة السكر حديث عهد بالإسلام؛ ذلك أن حداثة العهد بأمر من الأمور عموما تورث شبهة عدم العلم بالأحكام فما بال دين بكامله.

ب- الجهل بالعين: وهو جهل الشخص بما تناوله كأن يتناول خمرًا ظانًا منه أنا عصير فإذا به خمرًا أو يتناول دواءًا وصفه له طبيب لعلاج مرض ما به مواد مخدّرة ويكون جاهلاً لتركيبها، وكمن وطء أجنبية زفّت إليه ظانًا منه أنا زوجته التي زفّت إليه وهو مثال كثر وروده في كتب الفقهاء عند الحديث عن الجهل[1].

2- الجهل في **القانون**

يوافق القانون الجنائي الجزائري الفقه الإسلامي فيما ذهب إليه فقد يسكر الإنسان لجهله وتمنع المسؤولية الجنائية عنه ولكن حالة عدم العلم ليست على إطلاقها، فتمت فارق بين الجهل بالقانون والجهل بالواقعة.

فأمّا الاحتجاج بالجهل بالقانون لمنع ثبوت المسؤولية الجنائية فإن القانون الجنائي الجزائري لا يعتّد به، ذلك أن تجريم القانون للمخدّرات وتجريمه لشرب الخمر في مكان عمومي، ومعاقبته على أنّ من ارتكب جريمة بناءًا على تلك الحال –السكر- فإنه واضح وظاهر ومعلوم للعيان.

وبناءًا عليه فما من شك أن الحديث عن جهل الشخص بالقانون في الوقت الحاضر ما عدا له ذلك الأثر الذي كان لديه في الزمن الماضي التي كانت فيه وسائل الاتصال والإعلام بعكس هذا التطور الذي هي عليه اليوم والذي كان يكثر فيه عيش الناس في البوادي البعيدة، أمّا الجهل

---

[1] انظر: القرافي: المصدر السابق 202/12؛ ابن قدامة، المصدر السابق 331/10؛ 150/6-151. الشيرازي: المهذب: المصدر السابق 3/3.

بالواقعة فهو ممّا يعتّد القانون به إذ أنّ تناول الشخص لدواء بتركيبته مواد مخدّرة ثم يقدم على القيادة أو على قتل أو جرح شخص وهو تحت تأثير ذلك الدواء أو أنّ يشرب ما يسكر ظانًا منه شرابًا مباح فيفقد إدراكه.

والأمر الأكيد أنّ حكم القضاء يجهل الشخص للعين أو للواقعة أمر لاّبد من إثباتا بالقرائن الظاهرة والدلائل البّينة القاطعة لإمكانية الحكم بعدئذ بمنع المسؤولية الجنائية.

ثانيًا: أسباب الإباحة وأثرها في **انتفاء المسؤولية الجنائية للسكران:**

تسقط التبعة في حالة السكر وذلك لوجود سبب من أسباب من الإباحة كما نصت عليه المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة: إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...".

وذلك كأخذ مريض لأدوية با مواد مخدّرة تحت إمرة الطبيب لعلاج مرض أو لجراح عملية أو ما يسمى عند الفقهاء المسلمون بالسكر المباح، فهنا إذا أقدم المريض تحت تأثير السكر على فعل قتل أو قذف فإن المسؤولية تمتنع والعقوبة ترتفع بناءا على أن الأصل في الفعل الإباحة وليس الحظر.

ثالثًا- الإكراه وأثره في **انتفاء المسؤولية الجنائية للسكران:**

وهو كأن يكره شخص على تناول شيء يخدّر ويسكر عن غير طواعية منه، ويرتكب تحت تأثير ذاك المسكر جريمة، فهنا سقوط التبعة أمر منطقي

إذ الإكراه يقدح في صحة إختيار المرء، ولنا عودة للإكراه في موضع من هذا البحث[1].

ويشير العلماء إلى أن سقوط التبعة على السكران بسبب الأعذار كتلك المذكورة آنفا لا يعني سقوط كل أنواع التبعات.

فالسكران عمّا أحدث من ضرر يسأل مدنيا ويلزم بالتعويض عمّا خلفه فعله من ضرر للغير[2] بالقدر الذي يراه القاضي مناسًبا.

المبحث الثاني: موانع الإختيار

أقيمت المسؤولية الجنائية على أساس الإدراك وحرية الإختيار، وقد استوفينا الجزء الأول من البحث في الكلام عن موانع الإدراك وفي الحين نتطرق لموانع الإختيار.

فأحيانا يطرأ على حرية الاختيار ما يعيبها، بشكل يقدح في سلامتها ويؤثر في تحقيق آثارها على التبعة الجنائية للإنسان، فماهي هاته الموانع وإلى أيّ مدى يمكن أن تظهر آثارها في التبعة الجنائية.

المطلب الأول: الإكراه

[1] انظر: ابن قدامة: نفس المصدر السابق 330/10، البهوتي: نفس المصدر السابق 150/6.

[2] انظر: عبد القادر عودة: نفس المصدر السابق 583/1-584.

يعد الإكراه أحد الموانع التي تقدح في سلامة حرية اختيار لدى الإنسان فما المقصود منه وما شروط تحققه في كلّ من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري.

المطلب الأول: الإكراه

الفرع الأول: الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: مفهوم الإكراه في الفقه الإسلامي

1- الإكراه في اللغة: مأخوذ من مادة كره، يقال كرهت الشيء كرهًا وكُرهًا وكراهة وكراهيةً، والكُره بالضمّ المشقة ومنه قوله تعالى: "**كُتِبَ عَلَيْكُمْ الِقتالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ**"[1]، وبالفتح الكره ما أكرهك غيرك عليه ويفرّق علماء اللغة بين الضّم والفتح فيما له علاقة بالأفعال أن الكره بالفتح

هو فعل المضطّر، أمّا الكره بالضم فهو فعل المختار[2]، وعليه فإن المكره هو من وقع عليه الإكراه والمُكره من صدر فعل الإكّراه منه.

2- الإكراه في الاصطلاح: الإكّراه هو "حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به"[3].

والإكّراه على ضروب فمنه إكّراه ناقص أو غير ملجئ وهو ما له علاقة بالتصرفات الشرعية كالبيع والشراء وهو مما لا يخشى بحلوله هلاك النفس ومنه إكراه تام أو ملجئ وهو ما يخشى بحلوله هلاك للنفس

---

[1] سورة البقرة الآية 214.

[2] انظر: لسان العرب: باب الكاف (مادة كره) 12/80-81؛ الصحاح: باب الهاء، فصل الكاف، (مادة كره)، 2247/6؛ القاموس المحيط: باب الهاء فصل الكاف (مادة كره) ص 1127-1128

[3] عبد العزيز البخاري: نفس المصدر السابق 538/4.

كالقتل أو الضرب المبرح والسجن لمدى طويل أو تلف المال ومدار الحديث في هذا الجانب من البحث سيكون عنه[1].

ذلك لأن الضرب الثاني من هاته الضروب التي صنفها العلماء هو ما يعد محلا للتبعة الجنائية، والقول بأن الإكراه مانع عند ثبوته للمسؤولية ليس معناه إلغاؤه لأهلية التكليف إذ الإكراه (...لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الإكراه لأنا ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والإكراه لا يحل بشيء منها)[2] ويختلف تأثير الإكراه على التبعة الجنائية تبعا لاختلاف جسامة الجرائم المرتبكة على ما سيأتي بيانه في حينه وهذا بلا خلاف بين أهل العلم إلا ما كان منه في مسائل فرعية، كاختلافهم مثلا في تقسيم الإكراه إلى قسمين.

ثانيا: مفهوم الإكراه في القانون

نصت المادة 48 من قانون العقوبات على أنه:" لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

والواقع أن نص هاته المادة لا تخلو من لبس وغموض، إذ بالرغم من أن هذا النص صريح بسقوط العقوبة الجنائية عمن وقع تحت طائلة القهر إلا أنه وفي نفس الوقت لا يبين المعنى التي ترمي إليه هذه المادة.

والوقوع تحت طائلة القهر قد يكون من قبل إنسان وعندئذ نكون بصدد الحديث عن الإكراه وقد يكون من غير إنسان أي قوة طبيعية وعندئذ نكون بصدد الحديث عن مسألة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد يكون في مضمون نص المادة تلميح فما قصد التشريع الجنائي من نص

---

[1] انظر: ابن نجيم: نفس المصدر السابق 79/8.

[2] عبد العزيز البخاري: المصدر السابق 539/4، وانظر أيضا: السرخسي: المبسوط 39/24.

هاته المادة وهل يتعين حمل حكم النص على كل هاته الأعذار أم على بعض منها دون بعض؟.

وللوصول إلى جواب شاف لابد أولا من إقامة الفارق بين أمور ثلاث: الإكراه- القوة القاهرة- الحادث الفجائي، وذلك من خلال بيان أوّلا لمعنى الإكراه وشروط تحققه.

- **الإكراه** في **الاصطلاح القانو**ني**:** ويراد به إجبار الشخص على عمل معين، أو منعه من فعل معين رغم إرادته، فهو يعدم اختيار الشخص أو يقيد حرية في الإختيار"[1].

فالإكراه في القانون لا يختلف عمّا هو الحال في الفقه الإسلامي من أنه حمل الغير قهرًا على فعل ما لا يريد، غير أنه وإن كان القانون الجنائي يعتبر الإكراه من الأمور التي تعدم وتلغي الاختيار فإن الفقه الإسلامي لا يعتبره كذلك إذ يعتبر أن الإكراه إّنما هو مفسد الاختيار لا معدم له، وإذا عمدنا لتعريف الاختيار الفاسد فقد عرّفه صاحب كشف الأسرار بأّنه:"أن يكون اختياره مبنيا على اختيار الآخر فإذا اضطر إلى مباشرة أمر الإكراه كان قصده في المباشرة دفع الإكراه حقيقة فيصير الاختيار فاسدًا لإبتنائه على اختيار المكره وإن لم ينعدم أصلاً"[2]. وقد وافق المكره العامل فيكون مختارًا في الفعل ضرورة إذ لو لم يكن مختارًا لم يكن موافقًا باله فلا يكون مكرهًا"[3] أو ليس من أكرّه على قتل آخر ونفذ ما أكره عليه يعاقب ولا تسقط عليه التبعة.

---

[1] توفيق الشاوي : نفس المصدر السابق ص69.

[2] عبد العزيز البخاري: نفس المصدر السابق 538/4-539.

[3] نفس المصدر السابق 540/4.

غير أنّ عبد الفتاح خضر لا يحمل هذا القول على إطلاقه بحيث يرى أن يستثنى من هذا الرأي حالة الإكراه المادي كما ألقى شخص على شخص آخر فوقع عليه فقتله ههنا وحسب رأي عبد الفتاح خضر لا يمكن القول بفساد الاختيار بل بانعدام الاختيار كلّيا لانعدام الإكراه المادي والمعنوي وبالتالي لا مجال للمساءلة[1].

وإذا رجعنا للقانون وجدناه يترك للإكراه المعنوي القائم أساسًا على التهديد دون اقترانه بعنف نوعًا من الإختيار الذي لا يعدمه بل ينقص منه بقدر ضئيل جدا[2] وعلى هذا فإنّ الإكراه المعنوي والمادي في غير مثال الصورة المذكورة آنفًا هو ما يصلح أن يقال بأّنه إكراه فاسد، بل حتى الإكراه المادي برأي الذي يحمل على سبيل المثال آخر قهرًا على تزوير وثيقة لا يكون معدماً بل فاسدًا، وإن كان إكراهًا ماديًا عكس ما إذا ألقي شخص بشخص على آخر فقتله فهنا يكون اختيارًا معدمًا، والحق أن رأي عبد الفتاح خضر وجيه في المسألة وهو الذي أرجحه.

وهاته المسألة لا تؤثر في امتناع التبعة في شيء بل في مسألة التعويض، كما أنا تشير إلى مسألة الإكراه من حيث التقسيم ولا خلاف في أنّ الفقه في كلّ من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري يجعل المكره (بالفتح) مسؤول مدنيا أي مطالب بالتعويض وإن ارتفعت عنه العقوبة فالمكرّه إكراهًا ماديًا لا يسأل عمّا ارتكب كما يطالب بالتعويض، أمّا المكرّه معنويًا ونظراً لبقاء قدر ضئيل من الإختيار له فإّنه يسأل مدنيًا[3].

---

[1] عبد الفتاح خضر: نفس المصدر السابق ص375-376.

[2] عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق 321/1.

[3] انظر: عبد القادر عودة: نفس المصدر السابق 571/1؛ عبد الفتاح خضر: نفس المصدر السابق ص 373؛ الىلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول،

الفرع الثاني: أقسام الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: أقسام الإكراه في الفقه الإسلامي:

يقسم الإكراه الفقهاء الإكراه إلى قسمين: مادي وهو بلا خلاف بينهم من حيث تحقق الإكراه به، معنوي وهو محلّ الخلاف.

1- الإكراه المادي: وهو ما يستهدف من خلاله جسم الإنسان، بأن يقع عليه فعل مادي كالضرب الموجع والسجن لمدى طويل وكإلقاء شخص على آخر لقتله وكالإمساك بيد المكرّه عنوة لتزوير إمضائها أو إمساك بيد المكرّه لإطلاق عيارًا ناريًا ضد الني عليه، أو بأية وسيلة من وسائل التعذيب والإكرّاه المادي لا يبقي ذرة اختيار للمكرّه بحيث يصير المكرّه كما قال الفقهاء كالأداة في يد المكرّه وكالسيف في يد الضارب يسيّرها كيف ما يشاء، بحيث ينفي عنه القصد إلى تحقيق النتيجة ومن جهة إبطال نسبة الفعل إليه فما من صلّة بينه وبين ما اقترف وتعود نسبة إلى الفاعل الأصلي وهو المكرّه.

ونسبة الفعل إلى فاعله الأصلي تتعلق بالإكرّاه المعنوي من دون فرق بين القسمين بمجرّد تحقق الإدارة.

2- الإكرّاه المعنوي: هو ما يستهدف من خلاله نفسية الإنسان وهذه التسمية هو ما اصطلح عليها بلغة العصر، أمّا ما تعارف عليه الفقهاء فهو لفظ التهديد، وهو بأن يتوعد المكرّه إنزال عذاب بالمكرّه إن امتنع عن تنفيذ ما يأمره به أو بأحد من أقاربه كأمٍ هُدّدت إن لم تخضع لأوامر

بلحاج العربي: حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري: ص213.

المكرّه حلّ أذى بابنها، وهذا القسم هو الذي يعدّ محلاّ خلاف فقهي حول حقيقة ما إذا كان يتحقق به الإكراه أم لا؟.

آراء الفقهاء في المسألة :

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء ويرون بأنّ الإكرّاه لا يقع في الغالب الأعم إلا بناءًا عن تديد ووعيد سابق للفعل، كالتهديد بالقتل أو بالضرب أو بالسجن أو بإتلاف المال[1].

الرأي الثاني: وهو رأي بعض الحنابلة، ولأحمد روايتان في اعتبار التهديد إكراهًا من عدمه: أولهما: أنه لا يعدّ إكراها "ولا يكون مكرّهًا حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبه ولا يكون التواعد كرهًا"[2]، واستدلّوا على رأيهم هذا بأنّ مجّرد الوعيد لا يكفي للقول بتحقق الإكرّاه بل لا بدّ من فعل مادي ظاهر بدليل ما حدث لعمار بن ياسر[3] رضي الله عنه يوم تعذيب المشركين له ليحملوه على الشرك بالله عنوّة فأبى لكن ريثما اشتد عليه العذاب فأعطاهم "فأتى النبي ﷺ فوجده يبكي، أخذك المشركون فغطوك في الماء، وأمرّوك أن

[1] انظر: المواق: المصدر السابق 434/8، ابن قدامة: المصدر السابق 260/8؛ ابن قدامة المقدسي : الشرح الكبير 243/8؛ ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق 80/8.

[2] ابن قدامة : المصدر السابق 260/8.

[3] هو الصحابي عمّار بن ياسر بن عامر بن مالك بني ثعلبة من الصفوة الأولى التي لحقت بالرّكب الطّيب واعتنقت الإسلام هو ووالداه، هم الذين قال فيهم النبي ﷺ صبرًا آل ياسر، شهد المشاهد كلها ونزل فيه قوله تعالى: "**إلا مَنْ أُكرِهَ وَقَلْبُهُ مُطمَئِن بالإِيمانْ**" النحل الآية 106 قتل عن ثلاث وتسعين سنة، سنة سبع وثمانين في صفين.

انظر: القرطبي: الاستيعاب 469/2-472؛ ابن حجر: الإصابة: 505/2-506؛ ابن كثير: البداية والنهاية 690/8-307.

تشرك بالله ففعلت، فإن أخذوك مرّة أخرى فافعل ذلك"[1] واستدلوا أيضا بما قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه:" ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته"[2].

والقائلين بذا الرأي عمدوا إلى الأخذ بما ورد بالّنص ولكن ليس معنى هذا أن من لم يضرب لم يهدّد.

وثانيهما: أنه يتحقق الإكّراه بالتهديد "حّد الإكّراه إذا خاف القتل أو ضربًا شديدًا"[3]

والذي عليه العمل عند أكثر الفقهاء هو أنّ الإكّراه نوعان: مادي- معنوي[4] وأنّ التهديد والوعيد كثيرا ما يقع بالإكّراه وكلا القسمان مؤثر في ثبوت التبعة للإنسان.

ثانيًا: أقسام الإكّراه في القانون

يقسم القانون وكما هو الشأن في الفقه الإسلامي إلى قسمين: مادي- معنوي.

1- الإكّراه المادي: ويعّرف على أّنه محور إرادة الفاعل على نحو لا تنسب إليه فيه غير حركة عضوية أو موقف سلبي مجردين من الصفة

---

[1] البيهقي: معرفة السنن والآثار 315/6-317 [كتاب المرتد/ باب المكره على الرّدة]، ذكره الحاكم في المستدرك على الصحيحين 389/2، كتاب تفسير سورة النحل، قال حديث صحيح على شرط الشيخين وذكره أيضا صاحب نصب الراية 158/4، كتاب الإكراه وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

[2] الصنعاني: المصنف 411/6، 193/10.

[3] ابن قدامة: نفس المصدر السابق 260/8-261.

[4] يفرّق عبد القادر عودة بينهما بقوله إنّ الإكّراه المادي هو ما كان واقعًا في حينها أمّا المعنوي فهو ما كان منتظر الوقوع، أنظر: نفس المصدر السابق 565/1.

الإرادية[1]، ولا يختلف عمّا جاء في الفقه الإسلامي من كونه يستهدف جسم المكرّه بأية وسيلة مادية من شأنا أن تعدم حرية الإختيار لدى الإنسان[2].

غير أنّه لا بّد من إقامة فارق مهّم بين القوة المادية المقصودة في الركن المادي وبين غيرها على ما سيأتي بيانه في النقطة الموالية.

*** إقامة التفرقة بين الإكرّاه المادي –القوة القاهرة- الحادث الفجائي:**

قد يتبادر إلى ذهن القارئ لأوّل وهلة أنّ الإكرّاه المادي هو نفسه القوة القاهرة والحادث الفجائي فكلاهما مؤثر في ثبوت التبعة ولكن سرعان ما يتضّح الفارق:

- من حيث المصدر: يقع الإكّراه المادي من إنسان على غيره من بني جنسه، بينما تقع القوة القاهرة بفعل الطبيعة التي لا دخل لإرادة أحد في إحداثها أو حتى في توقع حدوثها وفي إمكانية صدّها أو بفعل حيوان، فالشاهد الذي يستدعى للشهادة ويتخلّف طبقًا للمادة 97 إجراءات جزائية يعاقب بغرامة إذ تنص المادة:" وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز لقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبراً بواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار جزائري..."

---

[1] حسن صادق المرصفاوي: نفس المصدر السابق، ص 212؛ محمود نجيب حسني: نفس المصر السابق ص 491-492.

[2] انظر: رضا فرج: نفس المصدر السابق ص 381؛ عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق 319/1.

أمّا إذا علم سبب تخلفه كعاصفة هوجاء أحالت دون وصوله إلى المكان الموعود فلا تبعة على الشاهد عندئذ طبقًا للقواعد العامة للقانون[1].

ويتفق الحادث الفجائي مع القوة القاهرة في عدم توقع الحدوث من ذلك أن يتعرض طفلاً أو شيخًا كبيرًا سائقا في سيارته بغتة في مكان لا يتصوّر مارّة به أو في منحرف فيقع الحادث ويقتل الذي كان مارًا فهنا لا مسؤولية على السائق بسبب انتفاء القصد.

- **من حيث الجرم:** في الإكرّاه المادي تمة جريمة ارتكبت والمسؤول الأوّل والأخير هو المكرّه الذي حمل المكرّه على إرتكاب ما ارتكب وجعله بمثابة الأداة في يده بينما ليس الأمر كذلك بالنسبة للقوة القاهرة وهو نفس الشيء بالنسبة للحادث الفجائي.

- بيد أنّ الخلاف بين القوة القاهرة والإكرّاه المادي في انتفاء التبعية أنّ كلاهما نافٍ للركنين المادي والمعنوي للفعل، بينما في الحادث الفجائي يبقى الفعل المادي قائمًا مع انتفاء القصد والسعي إلى تحقيقه[2].

2- الإكراه المعنوي: ويعرّف بأنّه:" القوة المعنوية التي تضعف إرادة المكره على نحو يفقدها الإختيار"[3]؛ ويتبّين من خلال التعريف أنه في

---

[1] انظر: عبد الله أوهايبية: نفس المصدر السابق ص 346-347، وللحكم بسقوط الجزاء لابد أوّلا من إثبات شرطاها: انعدام التوقع، انعدام القدرة على المقاومة والتصدي لها وقد حدث أن نقضت المحكمة العليا قرارًا في قضية (م.م.ه) ضّد (ش.ب.م.أ) بتاريخ 1991/06/02م بسبب إعفاء مجهز السفينة من مسؤولية الأضراّر التي لحقت بالسفينة بحجة قيام القوة القاهرة ولأن صدر الحكم دون التثبت من شرطاها، انظر: ا لمة القضائية العدد 2 السنة 1993 ص108-110.

[2] انظر: عبد الفتاح خصر: نفس المصدر السابق ص368-370؛ عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق 319/1-321؛ رضا فرج: نفس المصدر السابق ص 382-383.

[3] عبد الله سليمان: نفس المصدر السابق 321/1.

مضمونه لا يختلف عمّا هو في الفقه الإسلامي من أنه يتجه إلى نفسية الشخص ويقسم أهل القانون هذا النوع من الإكراه إلى قسمين:

أ- إكراه معنوي يتحقق بناءًا على التهديد والوعيد.

ب- إكراه معنوي مقرون بعنف وكلاهما مؤثر في ثبوت التبعة كاملة غير أنّ القول بإقران هذا النوع من الإكراه بعنف لا يعني اعتباره إكراهًا ماديًا إذ الفرق بينهما بيّن فالإكراه المادي يعدم الإختيار تمامًا أمّا المعنوي – بنوعيه- فلا يعدم الإختيار بل يفقده إلى حدّ العدم.

الفرع الثالث: شروط تحقق الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً- شروط تحقق الإكراه في الفقه الإسلامي:

لإمكانية القول بتحقق الإكراه وثبوته اشترط الفقهاء جملة من الشروط تختصر أو تنحصر في أربعة نقاط: في المكره به، المكرَه والمكرِه ، والمكره به والمكرَه عليه.

1- في المكرِه ويشترط فيه القدرة على تحقيق الوعيد وهو أن يكون ممّن لهم القدرة على توقيع وتنفيذ تديدهم، ولأبي حنيفة بذا الخصوص رأي يخالف ما عليه أغلب الفقهاء بما فيه الصاحبين إذ يرى أنّ لا الإكرّاه من غير سلطان فما من أحد غيره له القدرة والاستطاعة على توقيع ما يهدّد به، وأنّ الإكرّاه المحقق لأثره هو الذي يكون من سلطان لا غيره وقد رّد البعض على رأي أبي حنيفة فيما خالف فيه الفقهاء بقولهم:" فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أنّ القدرة والمنعة منحصرة في السلطان وفي

زمانـما كان لكل مفسد له قوة ومنعة لفساد الزمان فأفتيا على ما شهدا به ويفتى لأنه ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة"[1].

2- غلبة الظن: أن يغلب على ظن المكّره تنفيذ المكره لوعيده، إذ يغلب على نفس المكّره الخوف ممّا توعّده به المكره إن لم ينفذ وعجزه عن صدِ مثل هذا الوعيد فقد جاء: "وفي المكّره المعتبر أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكّره في إيقاع ما هدد به عاجلاً، لأنه لا يصبر محمولاً طبعًا إلا بذلك"[2]، وجاء أيضا :"...سمعنا مالكًا يقول السجن إكّراه، والقّيد إكّراه، والوعيد المخوف إكّراه بم لة الضرب..."[3] فمجرد الخوف على نفس المكّره دليل غلّبة الظن.

3- في **المكَرَه به:** أن يكون ما يهدّد به متلف للنفس حقيقة والقول بالنفس قد تكون نفس المكّره وقد يكون أحد من أقاربه كابن أو أب وقد اختلف الفقهاء فيما إذا تعلق الإكّراه بغير نفس المكره والصواب هو تحققه إذا خص به الأب والابن، وأما تلف المال فإن كان مالاً معتبرًا فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يقع أمّا إن كان يسيراً فلا، خلافًا لأبي حنيفة الذي يرى أنّ الإكّراه بتلف المال لا يقع لأنّ العبرة بالإكّراه ما يتحقق به أذى يصيب الجسد والواقع أنه إن كان المال معتبرًا لا يمكن أن يتحقق به الإكّراه، أمّا مجّرد السّب

---

[1] انظر: ابن نجيم الحنفي؛ المصدر السابق 80/8؛ وانظر أيضا ابن قدامة 261/8؛الشافعي: المصدر السابق 240/3.

[2] السرخسي: المصدر السابق 29/24.

[3] ابن فرحون 129/2 المصدر السابق وانظر أيضا: الشافعي: المصدر السابق 240/3.

والشتم فلا يعد إكراهًا[1].

4- أن يكون الفعل المكّره عليه معصية في ميزان الشرع الإسلامي لم يعتد المكّره على إتيانه أمّا إن كان ما أكّره مما أذن به الشرع فلا يعد إكّراها وضرب العلماء لذلك مثلاً: إجبار القاضي شخص على تقديم نفقة عياله الذي حرمهم منهم بوقوع الطلاق من امرأته لا يعدّ إكراها.

ثانيًا: شروط تحقق الإكّراه في القانون

يمكن استخلاص شروط الإكراه ممّا جاءت به المادة 48 عقوبات ويشترط لتحققه مايلي:

1- أن تكون القوة غير متوقع حدوثها: ويعني ذلك غير متصور حلولها وحصولها لأنّ تصور الجاني حلول هاته القوة حسب قولهم من شأنه إقلاب الموازين فيما يتعلق بثبوت المسؤولية الجنائية من عدمها، وحسب رأي فإن هذا الشرط يصلح شرطا للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا للإكّراه بنوعيه، إذ أنّ عنصر المفاجأة يستفاد ضمنيا من حلول الإكّراه دون ما حاجة لتقّيده كشرط لازم.

2- أن تكون القوة الواقع تحت طائلتها المكّره ممّا يصعب عليه التصدي لها أو تفاديها حتى؛ فإن كانت ممّا يمكن له تجّنبها أو في قدرته التصدي لها سواء برّدها أو الصبر على أداها حتى ينجلي فإن هذا لا يعد إكّراهاً.

---

[1] انظر: ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق 8/81-82؛ السرخسي: المصدر السابق 39/24؛ ابن قدامة: المصدر السابق 261/8؛ البهوتي: المصدر السابق 271/6؛ الشيرازي: المصدر السابق 4/3.

الفرع الرابع: أثر الإكرّاه على تبعة الإنسان الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: أثر الإكراه في الفقه الإسلامي:

للإكرّاه في الفقه الإسلامي أثر يختلف باختلاف جسامة الجرائم والمعاصي المقترفة فمن الجرائم ما إن اقترنت بالإكرّاه أو اقترفت تحت ضغط ظرف الإكراه حتى تصبح مباحة بل وقد ترقى لدرجة الواجب الذي إن تركه أثم وهو أول أثر يحدثه الإكرّاه على المسؤولية، ومن جهة الجرائم أيضا ما يباح للإنسان إتيانا ويرخص له فيها فلا يأتم إن هو اقترفها ولكن يثاب إن هو تركها ومنها من بعد اقترافها انتهاك للحدود المشروعة بحيث يأثم على إتيانا ويعاقب ومن ثم فلا مجال للحكم بتأثير الإكراه إذن يمكن القول أنّ أثر الإكرّاه يتمحور في ثلاث نقاط: الواجب- الحرّام- المباح. وهي على نحو ما سنفصله:

1- فيما يتعلق بجرائم الأكل والشراب الحرّام: كأكل الميتة والدم ولحم الخ ير فهاته الجرائم إن كان الإنسان في حال إكرّاه ملجئ جاز له إتيانا بل قد ترقى لدرجة الواجب الذي إن تركه أثم لقوله تعالى: "**وَقَدْ فَصلَ لَكُمْ مَا حَرمَ عَلَيْكُمْ إلا مَا اضّطُررْتُمْ إلَيْهِ**"[1]، وقوله جلّ وعلا: "**فَمَنُ اضّطُرَ غَيرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ**"[2]، لأنّ في إتيانا إحياء للمهجة وإنقاذا لها من الهلاك وهي إحدى أهم الضروريات التي يسعى الإسلام لحمايتها[3].

---

[1] سورة الأنعام الآية 119.

[2] سورة البقرة الآية 173.

[3] انظر: ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق 8/82-83؛ ابن قدامة: المصدر السابق 10/330.

ويفسر الفقهاء أنّ "المكرّه على الشرب لا يجب عليه الحّد إذا كان الإكرّاه تامًا، لأنّ الحدّ شرع زاجرًا عن الجناية في المستقبل والشرع خرج من أن يكون جناية بالإكرّاه، وصار مباحًا أو واجبًا عليه"[1]، وبناءا على ما تم فإنّ أوّل أثر يحدثه فعل الإكرّاه على هاته المحرّمات جعل من الواجب إتيانا.

2- فيما يتعلق بجرائم الشرك والزنا والسرقة: يعد الشرك أكبر الكبائر وإحدى الموبقات السبع في الإسلام بل لا تضاهيه معصية في الجسامة من حيث الإثم ومع ذلك ورأفة المولى تبارك وتعالى بعباده نزل قوله تبارك وتعالى: **" إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطمَئِنٌ بِالإِيمَانِ"**[2]، مبّينا من خلالها ارتفاع الإثم واللّوم والعتاب ومن ثم العقاب الدنيوي والأخروي على من اضطر على إتيانا والنطق بكلمة الشرك، مرخصًا لها، لقوله ﷺ:" إنّ الله وضع عن أميّ الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[3] وخير برهان على ذلك قصة عمار **بن ياسر رضي الله** تعالى عنه، ومنه أيضا الإكرّاه على جرائم القذف والسرقة والزنا بل إنّ إقرار المكرَه عن فعل ما لا يقبل ولا ينظر إليه وقد نقل اتفاق العلماء على هذا:" ولا يصح الإقرار من المكرّه فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحّد ولم يثبت عليه الزنا ولا نعلم من أهل العلم خلافًا في أنّ إقرار

---

[1] الكاساني: المصدر السابق178/7.

[2] سورة النحل الآية 106.

[3] رواه ابن ماجه في السنن 659/1 [كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناس] رقم 2045؛ والدار قطني في السنن 170/4-171 عن ابن عباس بلفظ " إن الله تجاوز الأميّ..."، وذكره ابن حبّان في صحيحه 202/16، رقم 7219 كتاب فضل الأمة، باب: ذكر الإخبار عمّا وضع الله بفضله عن هذه الأمة عن ابن عباس إن الله تجاوز وقال: إسناده صحيح على شرط البخاري ورجاله ثقات، وذكره الحاكم في المستدرك على الصحيحين 216/2، رقم 2801، كتاب الطلاّق، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

المكرّه لا يجب به حدّ"[1]، وأمّا جريمة الزنا فإن كانوا قد اتفقوا على الشطر الأوّل المتعلق بإكرّاه المرأة على الزنا فقد اختلفوا فيما يتعلق بإكرّاه الرجل على الزنا.

إذ لا خلاف بين أغلبية الفقهاء أن إكرّاه المرأة على الزنا أو ما يسمى بالاغتصاب إن كان تحت وطأة الإكرّاه العام لا تبعة عليها ولا تسأل عمّا حلّ بها فمصيبتها أكبر من أن تسأل "ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حدّ عليها"[2]، فقد حدث في عهد النبي ﷺ أنّ امرأة استكرهت على الزنا فدرأ عنها النبي ﷺ الحدّ ففي ما يروى "أنّ امرأة على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة فتلقاها رجل فتجلّلها فقضي حاجته منها، فصاحت، فانطلق ومرّ بها رجل فقالت: إنّ ذلك الرجل فعل في كذا وكذا، فانطلقوا وأخذوا الرجل الذي ظنّت أنه وقع عليها، فأتوها، فقالت: نعم هو هذا فأتوا به رسول الله ﷺ فلما أمر به ليرجم قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يا رسول الله، أنا صاحبها، فقال لها اذهبي فقد غفر الله لَكِ، قال: للرجل قولاً حسنًا، وقام: للرجل الذي وقع عليها فرجموه، وقال: تاب توبة لو تابها أهل المدينة لَقُبِل منهم"[3]، وما جاء أيضا في أمة استكرهت وذلك "...أنّ عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة

---

[1] ابن قدامة: المصدر السابق 172/10.

[2] ابن رشد، المصدر السابق 280/4.

[3] رواه الترمذي في السنن: 7/3 [أبواب الحدود، باب ما جاء في المرأة التي أستكرهت على الزنا] رقم 1478؛ رواه ابن ماجة في السنن 867/2 [كتاب الحدود، باب المستكرَه] رقم 2598 وقال الترمذي حديث حسن قريب صحيح؛ ورواه الدار قطني في السنن 93/3 وقال إسناده جيّد.

من الخمس فاستكرهها حتى اقتضّها فجلده عمر الحدّ ونفاه ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها"[1].

فالإكرّاه وإن كان لا شأن له بإدراك الجني عليه من حيث المساس به، إذ يضل سليما إلا أن قصده للفعل يعدم بالكامل وهو ما يمنع إسناد الفعل إلى فاعله ومن تم تحميله التبعة فلا وجود لأي صلة نفسية بين الفعل والفاعل.

وليس من اليسير الحكم بنفي المسؤولية وسقوط التبعة بمجرد إدعاء امرأة بأنا استكرهت بل لا بد من إثبات الإكرّاه بكل الوسائل الممكنة والمتاحة للحكم بسقوط التبعة.

- إثبات الإكرّاه في زنا المرأة:

قد أشرت سابقا ولو بإيجاز إلى الوسائل المعهود لإثبات با في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بجرائم الحدود من إقرار وشهادة وشهود أمّا والحال يتعلق بمسألة الاغتصاب فإن للإمام مالك رحمه الله رأي وجيه بالخصوص حيث البحث إلى مدى صدق المدعية بمصيبتها إذ يقول:" ومن علامات الاستكراه أن تأتي وهي تدمي إن كانت بكرًا أو استغاثت حتى أتيت وهي على تلك الحال... أو ما أشبه ذلك، من الأمر الذي تبلغ به فضيحة نفسها، فإن لن تأت بشيء من هذا أقيم عليها الحّد، ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك بلا بّينة أو قرينة"[2]، وذلك حتى لا يتخذ الاستكراه على

---

[1] أخرجه البخاري في الصحيح: 58/8 [كتاب الإكرّاه، باب إذا استكرهت المرأة على الزنا]، ورواه مالك في الموطأ ص594 [كتاب الحدود، باب جامع ما جاء في حدّ الزنا] رقم 1507.

[2] انظر : ابن رشد: المصدر السابق 508/2.

الزنا ذريعة أمام من سوّلت لها نفسها الوقوع في مثل هاته الجريمة ففيها من عظيم الذنب وكبر الفساد ما ليس لجريمة غيرها.

هذا فيما يتعلق بإكرّاه المرأة على الزنا أو ما يسمى بالاغتصاب، أما بما يتعلق بإكراه الرجل على الزنا وما يسمى بتك العرض فالمسألة محل خلاف فقهي.

- آراء الفقهاء بالمسألة:

تعد مسألة إكرّاه الرجل على الزنا موضع خلاف فقهي حول ما إذا كان الإكرّاه يحقق مدقق لأثره فيما يتعلق بهاته الجريمة أم لا، وعليه فقد انشطر الرأي بالخصوص إلى فريقين:

الفريق الأوّل: ويرى بهذا الرأي كل من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وهؤلاء يرون أن الإكرّاه مؤثر في ثبوت التبعة عن صاحبها في حال الإكراه الملجئ حتى وإن كان رجلا.

الفريق الثاني: وهو رأي أبي حنيفة[4] ورواية للحنابلة[5] و رواية للشافعية[6]، ويذهب إلى أنّ دعوى الإكرّاه غير مؤثرة في مثل هاته الحال وأن التبعة تثبت والعقوبة تنفد، ولكن رأي أبي حنيفة هذا كان في البداية سرعان ما رجع عنه التفريق بين الحالتين:

---

[1] انظر: الزرقاني موطأ مالك بشرح الزرقاني 185/4.

[2] الشيرازي: المصدر السابق 337/3.

[3] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 160/10؛ البهوتي: المصدر السابق: 125/6.

[4] انظر: ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق 20/8.

[5] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 159/10؛ البهوتي: المصدر السابق 124/6-125.

[6] الشيرازي: المصدر السابق 337/3.

أ - فإن كان إرتكاب الرجل للزنا بسبب إكراه السلطان له فلا تبعة عليه.

ب- أمّا إن كان إكراهه على الزنا من غير سلطان فهنا حسب رأيه التبعة ثابتة والعقوبة واقعة فأمر السلطان بمجرّد صدوره يعد إكرّاها دون ما حاجة لتقييده واقترافه بوعيد وتديد.

والنافين للإكرّاه في زنا الرجل استدلوا بأنّ الإيلاج في الزنا لا يكون إلا مع الانتشار وإذا كان ذلك في الرجل فهو دليل إختيار وشهوة إذ لا يكون الانتشار إلا مع الإختيار والطواعية؛ وقد نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

أوّلاً: الانتشار لا يكون بالضرورة دليل الإختيار والطواعية فما بال النائم تنتشر آلته أثناء نومه.

ثانيًا: أنّ الانتشار دليل محتمل يصعب إقامة القصد بناءًا عليه ولهذا فإنه قد ثبت أنّ اليقين لا يزول بالمحتمل[1].

والراجح الذي عليه العمل عند أكثر أهل العلم هو الذي ذهب إليه الفريق الأوّل من أنّ الإكرّاه مؤثر كمانع في جريمة الزنا الذي يرتكبها الرجل.

وبالتالي فالإكرّاه مانع لمسؤولية الرجل الجنائية اتجاه الفعل إذا ثبت بأنّه إكراه ملجئ

3- تعد جرائم القتل والجرح والضرب المبرح من أخطر أنواع الجرائم وأشدها هتكا ومساسا بالكرامة الإنسانية على وجه الإطلاق، إذ يعد وقوعها ضربا وإخلالاً صريحًا بمقومات المتمع وركائزه هذا لقوله جلّ

---

[1] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 159/10؛ ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق 20/8.

وعلا:" **وَلاَ تَقْتُلُوا النفْسَ الِتِي حَرَّمَ اللهُ إلا بِالحَق**"[1]، وقوله عزوجل:" **الذِينَ يُؤذُونَ المُؤمِنِينَ وَالمُومِنَاتِ بِغَيرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينَا"[2]،** وقوله أيضا:" **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنهُ مَنْ قَتلَ نَفْسًا بِغَيرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنمَا قَتلَ الناسَ جَمِيعًا**"[3].

وليس يدل على ذلك أنّ أغلب نصوص التشريع الإسلامي جاءت دالّة على تحريم القتل وتعظيم ذنبه تشريفًا وتكريمًا للحياة باعتبارها هبة من الله عزوجل لعباده.

ولمّا كان الأمر على هذا النحو من الإجلال والتكريم للنفس البشرية كانت دعوى الإكراه من مكرّه بالاعتداء على النفس أو العضو قتلاً أو جرحا دعوى باطلة لا مسوّغ لها.

فمن أكرّه على إعتداء من هذا النوع يسأل جنائيا وتنفذ عليه العقوبة المقرّرة لمثل ما اقترفه وذلك لأن الإكرّاه المنتج لأثره هو الذي يمكن من خلاله ارتكاب أخف الضّررين أمّا قتل نفس لإحياء غيرها فهو إيثار من المكرّه غير جائز[4].

---

[1] سورة الأنعام الآية 151.

[2] سورة الأحزاب الآية 58.

[3] سورة المائدة الآية 34.

[4] انظر: بن نجيم: المصدر السابق 84/8؛ الرخسي: المصدر السابق 45/24؛ المواق: المصدر السابق 434/8.

إذ قتل نفس غيره لإبقاء على نفسه محرّم شرعا ولذلك لا يمكن الترجيح بينهما بتفضيل واحدة عن الأخرى لتعادل كلا المصلحتان في القوة[1].

ثانيًا: أثر الإكرّاه على المسؤولية الجنائية في القانون

لم أقف في ظل ما بحثت عن بيان الأثر الذي يحدثه الإكرّاه على التبعة الجنائية في القانون الجنائي مثل ماهو الحال في الفقه الإسلامي من اعتبار جسامة الجريمة غير أنه يمكن استخلاص هذا الأثر بناءًا على ما مر سابقا.

- وبناءًا ووفقا للشروط التي اشترطها القانون الجنائي لتحقق الإكرّاه فإنه لا شك أنّ الإخلال بأحد هاته الشروط أو بجميعها هو ما يتمثل في صورة أثر الإكرّاه وهو كالتالي:

1- مسؤولية غير عمدية: إنّ الإخلال بأحد هذان الشرطان وذلك كأنّ كان بإمكانه عدم التعرّض لمثل هاته القوة أو أنه وقع في خطأ جعله عرضة لفعل الإكرّاه أو أنّه كان يتصوّر وقوع النتيجة لكن إهماله ولامبالاته جعلته يتغاضى عن الأخذ بالأحوط ثم ينفي عن الإكرّاه أثره على التبعة فالقانون الجنائي في هاته الحال يثبت توافر خطأ من الجاني تسبب فيما حدث وبالتالي فإنّ الإكرّاه لا يسقط التبعة كلّيا بل يسأل الجاني مسؤولية غير عمدية بسبب خطأه.

2- مسؤولية عمدية: وتتحقق هاته الأخيرة فيما إذا كان يتصور الجاني النتيجة التي وقعت، وقد ساهم بشكل أو بآخر في إحداثها ممّا يعني أن

---

[1] اختلف الفقهاء في المكرَه بالفتح إذا نفذ فصل المكره وآذى الغير اعتداءا في تحديد نوع العقوبة الموقعة عليه وعلى من تقع على المباشر المنفذ أم على المحرّض انظر: بن نجيم: المصدر السابق 85/8؛ ابن رشد: المصدر السابق 223/4-224.

لاختيار الجاني دخل فيما حدث وبالتالي فدعوى الإكرّاه لا تقام لها قائمة ويسأل عن مسؤولية عمدية على أساس العمد لا على أساس الخطأ[1].

من المنطقي أنّ اكتمال هاته الشروط واجتماعها من شأنه عدم تحمّل الشخص التبعة الجنائية في معظم الجرائم وليس تمت ما يفرق فيه القانون الجنائي فيه في حدود ماأطلعت عليه.

فإذا كان الفقه الإسلامي لا يجعل الإكرّاه أدنى أثر على التبعة في جرائم القتل حتى وإن توافرت كل الشروط اللازمة مهما بلغت درجة التهديد والوعيد ومهما استعملت من وسائل مادية للإكراه، فإني لم أقف في ظل إطلاع عن بيان لمثل هاته المسألة اللّهم إلا ما أشار إليه شرّاح القانون بناءًا لما جاءت به النظرية المادية والنظرية الشخصية في القانون الوضعي وملخص ما جاءت به هاته النظريتان اتفاقهما على أنّ قيام التعارض بين مصلحتين في حالة الإكراه إمّا أن تساوى إحداهما الأخرى فما من سبيل للترجيح وإمّا أن تتفاوتا، أي ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه فهنا يكمن الخلاف فمنهم من يذهب إلى أنه حتى إذا كان الضرر المحدث بالإكراه يعادل أو يفوق ضرر الجريمة فإنه يثبت العقوبة فتنفذ ويذهب البعض الآخر إلى أنه لا تنفذ عليه أية عقوبة بأي حال من الأحوال.

وملخص ما جاءت به كلا النظريتان كما يشير إلى ذلك عبد القادر عودة[2] جيء به في الفقه الإسلامي منذ قرون طوال إلا أنه لكل من الوجهتين مجالاً معيّنا لتنفيذه يختلف من حال لحال ويختلف عمّا هو الحال في القانون الوضعي.

---

[1] أنظر: محمود نجيب حسني: المصدر السابق ص 490-496؛ بلحاج العربي: المصدر السابق ص189.

[2] المصدر السابق 576/1.

المطلب الثاني: الضرورة

الفرع الأول: مفهوم الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: الضرورة في الفقه الإسلامي:

1- الضرورة في اللغة:

الضرورة في اللغة مأخوذة من مادة ضرر، يقال: ضّره وأضره وضارَّهُ مُضارة وضِراراً وضاروراء ومنه الضرورة والاضطرار.

والضر كما أتت به المصادر اللغوية هو ضد للنفع، جاء في محكم التنـزيل قوله تبارك وتعالى: "**كأن لمْ يَدْعُنَا إلى ضرٍ مَسهُ**"[1]، وقوله تبارك وتعالى: "**...لاَ يَضرُكُمْ كَيْدُهُمْ...**"[2].

ويقال: اضطر الإنسان إلى أمر ما أي ألجئ إليه الجاءا ورجل ذو ضرورة بمعنى رجل ذو حاجة.

والضرورة مرادفة للحاجة عند أهل اللغة وأعلى من الحاجة عند أهل الفقه، فليس كل محتاج مضطر ولكن كل مضطر محتاج.

فالضر إذن هو سوء الحال الذي قد يعتري الإنسان بحيث يصبح الإنسان على إثره محتاجا ومضطرا إلى أن يرتكب حرامًا ما، لدفع ضرٍ ألم به أو بغيره فحينها يسمى الإنسان مضطراً"[3].

---

[1] سورة يونس الآية 12.

[2] سورة آل عمران الآية 120.

[3] انظر: الصحاح: باب الراء، فصل الضاد (مادة ضرر)،719/2-720 لسان العرب: باب الضّاد، (مادة ضرر) 44/8 وما بعدها، القاموس المحيط، باب الراء، فصل الضاد (مادة ضرر) ص386 .

- الضرورة في الإصلاح الفقهي:

لقد وضع علمائنا الأوائل اللبنة الأساسية لنظرية الضرورة في الإسلام.

ولّعل أّهم ما أجمع عليه التأليف المعاصر من نتائج حول ما جادت به قريحة الفقهاء القدامى هي أنهم قصروا موضوع الضرورة على ضرورة الغذاء فقط؛ وأّنهم تناولوا موضوع الضرورة إثر حديثهم عن موضوع الإكّراه فأصبح الحديث عن الإكّراه هو حديث عن الضرورة.

ولّعل لصنيعهم هذا ما يبرّره من كون الضرورة والإكّراه متقاربان متشابهان إلى حدّ كبير، فكلاهما إن تّم ثبوته يمنع التكليف ويرفع العقوبة ويسقط الإثم لقوله تبارك وتعالى:"**فَمَنْ أضْطرَ فِي مَخْمَصَةٍ غيْرُ مُتَجَانِفٍ الإثْمَ فَإن الله غَفُورٌ رَحِيمْ**"[1]، ولقوله عزّوجل:" **فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه**"[2]؛ **وقوله أيضا:"وَقَدْ فَصَلَ لَكُمْ مَا حَرّمَ عَلَيكُمْ إلا مَا اضطَرِرّتُمْ إلَيهِ**"[3].

وعلى هذا فتعريف الضرورة في الفقه الإسلامي هي: "خطر مشروع جنائيا، حال وجسيم، موّجه إلى من لا دخل لإرادته فيه ولا هو ملزم قانونا بتحمله، لا سبيل له للتخلص منه إلا بارتكاب فعل إجرامي مناسب"[4].

فحالة الضرورة هي حالة خطر شديد ملجئ يتهدد النفس أو الغير لا سبيل للنجّاة إلاّ بارتكاب جريمة تسمى جريمة الضرورة.

غير أنّ للحكم بها وتحقق أثرها ضوابط وقيود لا ّبد من توافرها، وقبل بيان ذلك لاّبد من بيان معنى الضرورة في الإصطلاح القانوني.

---

[1] سورة المائدة الآية 3.

[2] سورة البقرة الآية 172.

[3] سورة الأنعام الآية 119.

[4] عبد الفتّاح مصطفى الصيفي: المصدر السابق ص 471.

ثانيًا: الضرورة في القانون

عرّفت الضرورة في الإصطلاح القانوني على أنّها:" حالة من لا يستطيع أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرّا محدقا به أو بغيره إلا بارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء"[1].

وهذا القدر هو ما أتفق عليه شرّاح القانون، على أنّهم قد اختلفوا فيما عداه، إذ يعرف تكييف حالة الضرورة أو بيان موضعها في القانون الجنائي اختلافا في الرأي، وهو ما سيتبيّن من خلال سرد آراء شرّاح القانون الجنائي الجزائري.

1- مكانة الضرورة في القانون الجنائي الجزائري:

لم ينص التشريع الجنائي الجزائري صراحة على موضوع الضرورة عند بحثه لموانع المسؤولية الجنائية، إذ لا نجد ما نصت عليه المادة: 48 من قانون العقوبات: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، من دون بيان للمعنى المقصود به؛ وعليه فهل يتعّين في غياب حكم للنص الخضوع لمبدأ التفسير لإدراج الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجنائية باعتبارها تقدح في سلامة الإختيار أم أنه يتعّين إضافة ما يتمم نص المادة 48 عقوبات كما اقترح البعض بقولهم: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها، ولا عقوبة على من ألجأته إلى ارتكاب الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم يوشك أن يقع إذا لم يكن له دخل في حلوله وليس بقدرته منعه"[2].وعليه يتوّجب بدأ بيان مكانة الضرورة ومحلّها في القانون الجنائي الجزائري لإزالة

---

[1] عبد الله سليمان: المصدر السابق 324/1.

[2] المصدر السابق 326/1.

الغموض وهو ما انشطر الرأي بخصوصها بين شرّاح القانون الجنائي إلى فريقين:

أ- الفريق الأول:

يجعل من حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية الجنائية وحجتهم في ذلك أن الضرورة حالة تؤثر على حرية الاختيار لدى الإنسان فتضعفها إلى حدّ العدم وعليه فارتكاب الإنسان لجرم في هاته الحال يمنح مساءلته لا لكون الفعل مباحا قانونا، بل لأنّ أحد شرطا المسؤولية اعتراه خلل أثّر في سلامته ألا وهو حرية الاختيار.

ولعلّ أهم دليل استند إليه في اعتبار الضرورة مانعا، أنّ الشريك في الجريمة أيّا كان نوع الجريمة جريمة ضرورة أم سكر أم غيرها لا يحظى بالعفو وإسقاط العقوبة عنه إذ هي أعذار شخصية لا تتعدّاه للشريك المساهم، ممّا يعني أنّ أثر المانع يقتصر على من امتنعت عنه التبعة غير متعد لغيره.

الفريق الثاني: وهو الذي يجعل من حالة الضرورة عذرا من أعذار الإباحة، وهذا الرأي هو الذي يساوي بين حالة الضرورة وغيرها من الحالات كالدفاع الشرعي من حيث نفي وصف الجرم عن الفعل، وطبقا لهذا الرأي فإن فعل الضرورة من الأفعال المباحة طبقا لنص المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

والقائلين بذا الرأي اعتمدوا على ما جاء به رأي تقليدي في التشريع الفرنسي وقد أجيب عنه: بأنّ الإباحة أفعال وردت في القانون الجزائري على سبيل الحصر وبناءًا على ذلك لم يأت في خضم ذكره لهاته الأفعال بالنّص على فعل الضرورة[1]

- لأسباب الإباحة علاقة بالفعل عكس الموانع التي لها علاقة بالفاعل.

---

[1] انظر عبد الله سليمان: المصدر السابق 1/116-119.

- إنّ أثر الضرورة كأثر الإكرّاه في الإخلال بسلامة الإختيار ولهذه الأمور مجتمعة أولى اعتبار حالة الضرورة من الموانع لا من أسباب الإباحة وهو ما أرجحه ويكفي في ذلك أنّ امتناع التبعة بسبب الضرورة لا يسقط التعويض وإن أسقط العقوبة وهو ما يذهب إليه حتى القائلين بالضرورة كسبب من أسباب الإباحة[1]، فالذي استخدم طعام الغير لإنقاذ نفسه من الجوع عليه التعويض لصاحب الطعام وهذا حتى في الفقه الإسلامي بينما أسباب الإباحة لا تلزم التعويض.

وتجدر الإشارة إلى أنّه وحتى الذين اعتمدوا بحث الضرورة ضمن الأفعّال المبرّرة جعلوا يقولون في نهاية المطاف بضرورة نص التشريع على حالة الضرورة ضمن موانع المسؤولية[2] وقبل بيان القيود والضوابط المشترطة لحالة الضرورة في كلا النظامين لابّد من إقامة الفارق بين الضرورة والإكرّاه المعنوي وذلك لقيام التشابه بينهما، وحتى نتم بذلك بيان معنى الضرورة محل الدراسة.

2- الفرق بين الضرورة والإكرّاه المعنوي:

لن أطيل في ذكر أوجه الفرق والوفق بين الضرورة والإكراه المعنوي محاولةً أن أبرز بإيجاز أهّم النقاط:

أوجه الوفق:

- في كلا الحالتين لا تنعدم حرّية الاختيار وإن كان مجالها أضيّق في الإكرّاه المعنوي عنه في حالة الضرورة.

---

[1] انظر: رضا فرج: المصدر السابق 187-188.

[2] انظر: رضا فرج: المصدر السابق ص 188.

أوجه الفرق:

1- يكون مصدر الخطر في الضرورة الطبيعة كالجوع الشديد أو عاصفة هوجاء أو حريق، بينما يكون مصدر الخطر في الإكرّاه المعنوي إنسان.

2- إنّ فعل المكره في الإكرّاه المعنوي يعد جريمة بينما لا يعد كذلك في الضرورة إذ فعل الطبيعة لا يمكن وصفه كذلك.

3- إنّ حرية الإختيار في الإكرّاه المعنوي تكاد تنعدم تمامًا بسبب المكرِه الذي يحدد سلوك المكرَه بينما ليس الأمر كذلك في حالة الضرورة إذ الذي يواجه الخطر يملك إختيار الطريق المؤدي لنجاته بنفسه.

الفرع الثاني: ضوابط الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون

لا شك أن تعرّض الإنسان لخطر مهدّد مهلك يجعله يتصرف وفقا للظرف الطارئ المفاجئ على نحو يجنب نفسه خطرًا محدقا به يعني أنه كان في حالة ضرورة ملجئة دفعته دفعًا لاقتراف فعل الضرورة ولكن مجرد الإدعاء لا يكفي ألبت للحكم بل لا بدّ من التثبت من وقوعها.

أولاً: ضوابط الضرورة في الفقه الإسلامي:

صاغ العلماء المسلمين هاته القيود على نحو ما سنبيّنه هاهنا:

1- فيما يتعلق بالخطر:

أ- أن تكون الضرورة جسيمة، أو أن يكون الخطر ملجئ، بحيث يكون وقوعها على النفس أمر يفضي إلى هلاكها حتما ولهذا قيل :" أمّا الضرورة فهي فوق الموت"[1]،والأمر الأهم في هذا القيد أن المعنى الأساسي المقصود من جسامة الخطورة في الفقه الإسلامي هي الخطورة المهددة للنفس والشرف والاعتبار فقط دون سواها وهذه النقطة لها نتائجها من حيث قيام

---

[1] ابن جزي: المصدر السابق ص 179؛ وانظر أيضا: ابن قدامة: المصدر السابق 73/11.

التفرقة بين الخطورة في موضوع الضرورة وبين الخطورة في موضوع الدفاع الشرعي أو دفع الصائل[1].

ب- أن تكون الخطورة قائمة أو حالة، بحيث يكون أمر وقوعها ليس مجرد احتمال فقط بل يوشك من شدة غلبة الظن وقوعها كأن "... يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي..."[2]، ولهذا فقد جاء: "ولا يشترط ممّا يخاف من تحقق وقوعه لو لم يأكل بل يكفي في ذلك الظن كما في الإكرّاه على أكل ذلك، فلا يشترط فيه التيقن ولا الإشراف على الموت..."[3].

وبرأي فأمر المظنة هذا يستفاد من ظروف الحال.

ج - أن يكون مقدار الضرر المحدث بفعل الضرورة ليس أكبر من مقدار الضرر الواقع وأبلغ ما قيل في هذا القيد هو ما صاغه الفقهاء المسلمون بقولهم الضرورة تقدّر بقدّرها،ولعلّ أعظم مصلحة توجب حمايتها هي حفظ النفس لذا قال العلماء عن كلامهم عن إباحة ما حرّم الشرع:"...وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات..."[4].

2- فيما يتعلق بفعل الضرورة:

ويشترط ألاّ يكون ثمّت خيار للفاعل سوى إرتكاب الجريمة لدرء الخطر الواقع، أمّا إذا كان باستطاعته تفادي الخطر باختيار حل آخر فمن واجبه

---

[1] انظر: مصطفى عبد الفتاح الصيفي: المصدر السابق ص 472-475.

[2] البهوتي: المصدر السابق 284/6.

[3] الشربيني: المصدر السابق 159/6.

[4] ابن قدامة: المصدر السابق 75/11.

عندئذ عدم إرتكاب الجريمة بحجة الاضطرار لها لأنه لا أثر للضرورة عندها في منع المسؤولية الجنائية عنه[1].

وبالرغم ممّا صاغه العلماء من قيّود فإنّه لا يمكن الحكم بامتناع مسؤولية الإنسان الجنائية بحجة اضطراره لارتكاب ما ارتكب من جرم إلا في بعض الجرائم فقط.

ثانيًا: ضوابط الضرورة في القانون

لا تختلف ضوابط الضرورة في القانون الجنائي الجزائري عن الضوابط التي جاء با الفقه الإسلامي على عمومها وعليه فلن أطيل في عرضها محاولة ذكرها باختصار:

1- فيما يتعلق بالخطر:

أ- أن يكون الخطر جسيما: بحيث يكون وجوده مهدداً للنفس البشرية ووقوعه هلاك لهاته النفس، وقد صيغ هذا القيّد بلزوم التناسب بين جريمة الضرورة وجسامة الخطورة، والمقصود بالخطورة المهدّدة للنفس والمال معًا وللنفس ومال الغير معًا وهنا يكمن وجه الفرق بينه وبين الفقه الإسلامي وقد أوضحناه في الفقرة السالفة.

ولا يمكن أن يتذرع بحالة الضرورة من كان من واجبه مواجهة الخطر كالجندي في ساحة القتال وكرجل المطافئ عند القيام بواجبه، أي أن لا يكون ممّا يحتم عليه القانون تحمّله.

ب- أن يكون هذا الخطر حالاً: أي أن مظنة وقوعه تقارب الحتم لشدة غلبة الظّن من أنه واقع لا محال، لأجل ذلك ذكر البعض أن الخطر الحال يتوافر في حالتين:

- حال الخطر المهدّد.

---

[1] انظر: ابن قدامة: المصدر السابق 75/11؛ الدسوقي: المصدر السابق 116/2.

- حال بدايته.

ج- ألا يكون للجاني دخل في إحداث الخطورة، لأنه إن تعمّد الجاني إحداث ذلك أو ساهم ولو بقدر قليل في إحداث الخطر فإن فعله لا يوصف بفعل الضرورة كمن تحمل سفاحا ثم وتجنبا لافتضاح أمرها تقوم بإجهاض جنبيها فلا شك لن تسقط التبعة عنها بسبب الضرورة.

وهناك من يرى أن الذي اقترف خطأ تسبب من خلاله في إيجاد حالة الضرورة لا يسأل لأنه لم يتعمّد إحداثه وهناك من لا يرى ذلك أبدا إذ يشترط أن لا يكون للجاني أي دخل في حلوله لا من قريب ولا من بعيد[1].

وبرأيي فإنّ الذي يتسبب بإهماله ورعونته في إحداث خطر ملجئ من غير المنطقي أن لا يسأل بتاتًا فإن أسقطت المسؤولية الجنائية عنه بسبب انتفاء العمْد فإنّ المسؤولية المدنية ممكنة بسبب توافر الخطأ.

2- فيما يتعلق بردّ الفعل المواجه للخطر:

أ- أن توّجه حالة الضرورة لدرء الخطر المحدق لا غير.

ب- ألا يكون ثمة خيار للفاعل سوى إرتكاب الجريمة لدرء الخطر الملجئ عنه كما مرّ بيان ذلك سابقا.

وبعد بيان القيود الواجب توافرها في الحكم بامتناع التبعة، ما مدى الأثر الذي يمكن للضرورة أن تحدثه على تبعة الإنسان.

الفرع الثالث: أثر الضرورة على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً: أثر الضرورة في الفقه الإسلامي:

---

[1] انظر: عبد الله سليمان : المصدر السابق 330/1؛ عبد الفتاح خضر: المصدر السابق ص384-385.

يختلف مدى تأثير الضرورة على المسؤولية الجنائية باختلاف نوع الجريمة وجسامتها مثلها في ذلك مثل الإكراه.

فمن الجرائم من يعتد بحالة الضرورة كمانع للمسؤولية الجنائية أي سقوط العقوبة المقررة لها كما لو ارتكبت في حالة الاختيار، وارتفاع الإثم عن صاحبها، وهناك من الجرائم من لا يعتد با كمانع من موانع المسؤولية الجنائية، وبيان ذلك حسب ما يلي:

1- جرائم الأكل الحرام والشراب الحرام:

لم يختلف أحد من الفقهاء أن من كان في حال مخمصة أبيح له الأكل الحرام والشراب الحرام إحياءا للمهجة وحفظا للنفس كيف لا وهي إحدى الضروريات الخمس التي نص عليها الشرع الإسلامي بل وكل الشرائع السماوية، وقد نقل الإجماع على ذلك فقد:" أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الإختيار وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار"[1]

فجرائم الأكل الحرام والشراب الحرام الضرورة الأثر البالغ في منع المسؤولية الجنائية ومحور الإثم وارتفاع العقوبة على صاحبها لدرجة أنّ امتناع الشخص وإصراره على عدم تناول الحرّام حتى تلك نفسه أمر لا يجيزه الإسلام، ومجازًا عنه بعقوبة أخروية قد تكون الخلّود في النّار لقوله تبارك وتعالى:"**وَلاَ تُلقُوا بِأيدِيكُمْ إِلى التَهْلُكَةِ**"[2]. ومصداقا لقوله الكريم:" **وَقَدْ فَصلَ لَكُمْ مَا حَرمَ عَلَيْكُمْ...**" أنّ كل ما من شأنه أن يصلح طعامًا أو شراًبا للمضطر جاز له تناوله؛ غير أنّ من العلماء من استثنى من هذا الحكم الشراب الحرام، إذ يذهب مالك إلى القول بأن المقصود بالآية هو الأكل

---

[1] ابن قدامة : المصدر السابق 73/11 وأنظر أيضا: الشربيني: المصدر السابق 159/6؛ ابن جزي: القوانين الفقهية ص 179؛ السرخسي: المصدر السابق 28/24.

[2] سورة البقرة الآية 195.

الحرام فقط كالميتة عند الضرورة لا شرب الخمر فقد جاء:"...إلاّ الخمر فإنّها لا تحلّ إلا لإساغة الغصة على خلاف فيها، ولا تباع لجوع ولا لعطش لأنها لا تدفع..."[1]، وهو نفس ما ذهب إليه أحمد والشافعي.

وقد استدلوا على رأيهم هذا بما جاء في الذكر الحكيم في قوله تعالى: "**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ**..."[2]، وقوله تبارك وتعالى: " **إِنَّمَا الخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**"[3].

وبأنّ الخمر لا تزيل حالة العطش الشديد التي يكون فيها الإنسان، بل لا تزيده إلا عطشاً[4].

وحسب ما حققه العلماء[5] فإن أساس الخلاف ليس في هل الخمر منصوص عليها أم لا ولكن الخلاف في هل أن الخمر تزيل حالة العطش الشديد التي يكون فيها الإنسان في حال مخصصة أم لا ؟ وبلغة أهل الأصول هل في قياس الخمر على الميتة في حال الاضطرار تحقق للشروط أم لا؟.

ويذكر جميل محمد في نهاية تحقيقه لهاته المسألة في كتابه نظرية الضرورة الشرعية ما مفاده: "...وكل ما في الأمر أنه لا يقول [أي مالك] بالقياس لعدم اكتمال شروطه... فمالك لا يرى توفر علّة الضرورة، أي أن أكل

---

[1] ابن جزي: المصدر السابق ص 180؛ وانظر أيضا: الدسوقي: المصدر السابق 353/4.

[2] سورة البقرة الآية 219.

[3] سورة المائدة الآية 90.

[4] انظر: الدسوقي: المصدر السابق: 353/4.

[5] انظر: الجصاص: أحكام القرآن 129، جميل محمد بن مبارك: المصدر السابق ص 147-158.

المحرم إنما أبيح لأن فيه إنقاذا للنفس، ولا إنقاذ في شرب الخمر على رأي مالك ومن تبعه، لأنها تغيب العقل ثم لا تزيل الضرورة"[1].

هذا عند مالك ومن تبعه أما عند غيره ممن خالفه[2] فهم ينظرون إلى المسألة من زاوية أخرى يكون حفظ النفس البشرية من أولويات مقاصد الشريعة الإسلامية، وكون الخمر يتحقق بشربه المقصود من إباحة الحرام حال الاضطرار وإذا كان الأمر كذلك فلا فرق بينه وبين غيره من المحرمات كالميتة مثلا إذا كان المعنى المقصود من إباحة الضرورة يتحقق بشرب الخمر فلما لا يأخذ به عند ذلك وهو الذي عليه أغلب أهل العلم.

أما إذا كان للضرورة الأثر البالغ على مسؤولية الإنسان الجنائية، في جرائم الأكل الحرّام والشرب الحرّام فهل لهذا الأثر امتداد في سائر الجرائم؟

2- جرائم السرقة:

من الجرائم ما يؤدي ارتكابا نتيجة ظروف صعبة وقاسية واستثنائية إلى رفع العقوبة عن فاعلها وامتناع المسؤولية الجنائية عنه. وفي التاريخ من الأمثلة ما يغني عن بيان ما للضرورة من أثر على مسؤولية الإنسان الجنائية في مثل هاته الحالات ففي جرائم السرقة يشترط قبل توقيع العقوبة "أن لا يضطر إلى السرقة من جوع"[3]، فشرط الاضطرار شرط لا يحذوه آخر في أنّ وروده يمنع تحمّل التبعة.

فقد حدث في زمن عمر بن الخطاب أن عطلت الحدود عام الماعة إذ يروى أن غلمان سرقوا ناقة ولم يُقِمْ عمر عليهم الحد بل قد وبّخ صاحبهم بقوله:"...والله إني لأراك تستحملهم ثم تجيعهم وتسيء إليهم، حتى لو

[1] جميل محمد بن مبارك: المصدر السابق ص 147-158.

[2] أنظر: السرخسي: المصدر السابق 25/24؛ ابن قدامة: المصدر السابق 74/11.

[3] بن جزي: المصدر السابق ص 368.

وجدوا ما حرّم الله عليهم لحلّ لهم، ثم قال: لصاحب البعير كم كنت تعطي لبعيرك؟ قال: أربع مئة درهم، قال: قم فافرغ لهم ثمان مئة درهم"[1].

3- جرائم الاعتداء على النفس أو العضو:

تعتبر جرائم الاعتداء على النفس أو العضو أشّد أنواع الجرائم وأخطرها مساساً بكيان أمةٍ من الأمم أو مجتمع من المجتمعات.

وقد شّنع القرآن الكريم فعل الاعتداء أيا كان نوعه لقوله تعالى: **"وَلاَ تَقْتُلُوا النفْسَ الِتي حَرمَ الله إلا بالحَقِ"**[2].

وبالتالي فإنّ مثل هاته الأفعال لا مجال لاعتبار الضرورة فيها مانعًا مؤثرًا في ثبوت التبعة، ومهما كان الدافع لارتكابها الشأن في ذلك كما هو في حال الإكراه.

فالمضطر لا يجوز له التعدي على نفس الغير أو عضوه ولا حتى بعض من نفسه هو، فالمضطر الجائع على سبيل المثال ليس له"...أكل بعض أعضائه..."[3]، ولا أعضاء غير أما قتل الغير فعلى تحريمه بالإجماع "...المضطّر لا يحل له أن يقطع طرف الغير ليأكله كما لا يحلّ له أن يقتله..."[4]، وذلك "...لأنّ قتل المسلم بغير حق ممّا لا يستباح لضرورة..."[5].

[1] أبي بكر الصنعاني: مصنف عبد الرزاق 239/10.

[2] سورة الإسراء الآية 33.

[3] ابن نجيم: المصدر السابق 84/8.

[4] السرخسي: المصدر السابق 76/24؛ وانظر أيضا: ابن جزي: المصدر السابق ص 179-180؛ ابن قدامة: المصدر السابق 79/11.

[5] ابن نجيم: المصدر السابق 84/8.

وإن أجاز العلماء المضطّر أن يقاتل من منعه المعونة لإحياء نفسه فإن قتل الذي منعه اعتبر قتله هدرًا أما إن قتل المضطر فيسأل مانعه عن قتله[1] كما يجيز البعض من الفقهاء قتل غير معصوم الدم حال الاضطرار وأكل لحمه وهو قول الشافعي وأحمد، كما يجيز الشافعي إلى جانب ذلك أكل لحم معصوم الدّم ميتا المالكية والحنابلة والحنفية وعند مالك مثلا لا يجوز أكل لحم آدمي كافرًا كان أو مسلمًا حيّا أو ميتا[2].

وعلى هذا فإن اعتبار الضرورة مانعًا من موانع المسؤولية الجنائية حال إرتكاب الجرائم لا يؤخذ على إطلاقه بل هو معّبر في بعض الجرائم دون بعضها الآخر.

ثانيًا: أثر الضرورة في القانون

- إذا اعتبرنا أنّ الضرورة سببًا من أسباب الإباحة فإّنه لا أثر للضرورة على التبعة الجنائية لأنّ القول بكونا سبب إباحة ينفي عن الفعل وصف الجرم وبالتالي لا عقوبة على مرتكبها أو من ساهم معه في إحداثها، ولكن وحتى القائلين بذا وإن أسقط المسؤولية الجنائية لم يسقط عن صاحبها المسؤولية المدنية كما سبقت الإشارة إليه.

وعلى كلّ وطبقًا لما رجحناه في هذا البحث من كون الضرورة مدرجة في زمرة الموانع فإنّ آثارها على التبعة يمكن استخلاصها كالتالي:

1- مسؤولية عمدية: إن كان ما حدث من خطر تعمّد المرء إحداثه حتى يتخذ من الوضع القائم وسيلة لارتكاب جريمته ومن فعل الضرورة ذريعة يختبأ تحت طائلتها لينجو بنفسه من الملامة والعقاب فإن مساءلته هاهنا لا

---

[1] انظر: البهوتي: المصدر السابق 251/6؛ ابن جزي: المصدر السابق ص 180.

[2] انظر: الدسوقي: المصدر السابق 116/2؛ البهوتي: المصدر السابق 252/6؛ الشربيني: المصدر السابق 160/6.

مفرّ تكون مساءلة جنائية عن جريمة عمدية، أو أن يكون بإمكانه عدم التعرّض لمصلحة عليا في حين كان بإمكانه تفاد الخطر بالتعرض لمصلحة دنيا.

2- **امتناع المسؤولية:** في حال توافر للقيود السالف ذكرها في فعل الضرورة.

هذا ما أمكن استخلاصه ممّا مرّ على أنّ القانون الجنائي الجزائري في حدود ما اطلعت عليه لم يبرز أثر الضرورة على التبعة كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ورأيي فإن مسألة الضرورة تحتاج بحق إلى إعادة تأصيل ومزيد بيّان وقبلاً إلى تنصيص من قبل التشريع الجزائري والذي من شأنه تسليط على العديد من الأمور وتوضيحها. ما استخلصته ممّا سبق فلم يأت أهل القانون حسب ما اطلعت عليه على بيان لأثر الضرورة حسب ما أوردته في البحث.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبعد:

فقد كانت دعوة محمد بن عبد الله أصدق دعوة دينية على وجه الإطلاق وضع من خلالها أسس وقواعد نظام ما كان ليكون من دون وحي السماء، وليس أدل على ذلك صدق ما ورد في هذا البحث.

وعليه يمكن حوصلة ما جاء من نتائج كالتالي:

- تمثل المسؤولية الجنائية مركز السياسة الجنائية لأي نظام قانوني في هذا العالم، لهذا كان التناقض في محتواها والجهل بقواعدها سبب الشقاء.

- لقد وضع الإسلام اللبنة الأساسية للمسؤولية الجنائية عند النص على شروط التكليف وبالتالي فقد درأ عن النظام القانوني الإسلامي اختلالاً لو أنه وقع لفتك به كما فتك بغيره من النظم السابقة.

- إنّ بيان القوام الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية وتقييد شروطها وضبط ما يتفرع عن كل منهما من مسائل كمسألة وصف فعل المجنون والصبي وهل يعتبر عمدهما عمد أم خطأ كان له من النتائج ما يزيل اللبس ويرفع الإبهام في العديد من الأحكام كبيان المسؤولية الجنائية للصبي والمراحل التي تمر بها من نقصان إلى كمال ومسؤولية المجنون الجنائية ببيان حكم كل حالة على حدة، إلى جانب وضع قيود صارمة للحكم بحالة الإكراه أو الاضطرار سدا للافتراء وغلقا لكل مدعي كذبا بذلك.

هذا من ناحية الفقه الإسلامي أما من ناحية القانون الجنائي الجزائري فإنه وإن كان الظاهر عدم الإختلاف في أحكام المسائل إلا أن الباطن يبرز عكس ذلك وذلك من جانبين:

أولاً: أن التشريع الجزائري ومع الأسف الشديد صورة طبق الأصل للتشريع الفرنسي بكل ثغراته وهفواته ومهما بلغت درجة التناقض في محتواه مع القيم الإسلامية وأكبر مثال على ذلك سكوته في مسألة الخمر والتنصيص عل تجريمه.

ثانيا: انعدام الدّقة سواء أكان في الأسس أو القواعد أم في التنصيص على المسائل أم في بناء الأحكام ممّا ينعكس سلبا لا إيجابا على نظامنا القانوني.

- غياب موقف القانون الجزائري في العديد من المسائل فهو قانون يصدق عليه إطلاق قانون حاضر غائب.
- عدم ضبط القانون للعديد من المفاهيم التي من شأنها إزالة اللبس عن العديد من الأمور فتحديد المعنى بدّقة أساس بناء الحكم.
- يُرى رونق النظام الإسلامي في الدقة التي يستعملها في وضع القيود والضوابط لتأصيل المسائل.
- الدّقة التي يمتاز بها عند تحديد المفاهيم ممّا لا يدعو مجالاً للبس أو الغموض أو الاختلال أو التداخل.
- طريقة صياغته للقواعد والأحكام وعرضه للمسائل عرضًا شافيًا ملمًا من خلالها بكل التفريعات الواردة تحتها.
- يمتاز القانون عن الفقه الإسلامي بتقنينه المواد ممّا يسهل الرجوع إليه متى استلزم الأمر.

تم بحمد الله وتوفيقه

الفـــهـــارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.
ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
ثالثا:. فهرس الأعلام المترجم لهم.
رابعا: فهرس المصادر والمراجع.
خامسا: فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

السورة	الآيـــــــــة	الرقم	الصفحة
البقرة	"فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ..."	172-173	
	"يسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَةِ..."	188	
	"وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَهْلُكَةِ..."	195	
	"كُتِبَ عَلَيْكُمْ القِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ..."	214	
	"يسْأَلُونَكَ عَنِ الشهْرِ الحَرَامِ..."	215	
	"يسْأَلُونَكَ عَنِ الخَمْرِ وَالمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا..."	219	
	"فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَ..."	232	
آل عمران	" لاَ يَضُرُكُمْ كَيْدُهُمْ..."	120	
النساء	"يَا أَيُهَا الذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرُبُوا الصَلاَةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى..."	490	
المائدة	" فَمَنْ اضْطَرَ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرُ مُتَجَانِفٍ..."	3	
	"مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ..."	34	
	" جَزَاءً بِمَا كَسَبَا..."	40	
	" إِنمَا الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ..."	90	
الأنعام	"وَقَدْ فَصلَ لَكُمْ مَا حَرَمَ عَلَيْكُمْ..."	119	
	" وَلاَ تَقْتُلُوا النفْسَ التِي حَرَّمَ اللهُ..."	151	
	"وَلاَ تقْرَبوا مَالَ اليَتِيمِ إِلاَّ بِالَتِي هِيَ أَحْسَن..."	153	

الأعراف	"حَتى إذَا ادارَكُوا فِيهَا جَمِيعًا..." "وَإذَ أخَذَ رَبكَ مِنْ بَنِي آدَمَ..."	36 172	
الأنفال	"لِيَميزَ الخَبيثَ مِنَ الطَيبِ..."	37	
يونس	" كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إلَى ضُر..."	12	
الحجر	"فَوَربكَ لَنسْألَنهُمْ أجْمَعِين..."	93	
النحل	"تَا الله لَتسْئَلُنَ عَمَا كُنْتم تفْتَرُونَ..." " وَلتسْئَلُنَ عَمَا كُنْتمْ تعْمَلُونَ..." " إلا مَنْ أكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطمَئِنٌ بِالإِيمان...."	56 93 106	
الإسراء	"وَلاَ تقْتُلُوا النَفْسَ التي حَرمَ الله إلَ بِالحَق..."	33	
الكهف	"الحَمْدُ لله الَذِي أنْزَلَ عَلَى عَبْدِهِ الكِتابَ..."	1	
مريم	"وَآتَيْنَاهُ الحُكْمَ صَبِيا..." "كَيْفَ نُكَلِمُ مَنْ كَانَ فِي المَهْدِ صَبِيَا..."	11 49	
طـــه	"وَأنا اخْتَرْتكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى..." "فَأتبَعَهُمْ فِرْعَوْنُ بِجُنُودِهِ..." " مَنْ أعْرَضَ عَنْهُ فَإنهُ يَحْمِلُ يَوْمَ القِيَامَةِ..."	13 77 100	
الأنبياء	" قَالَ أفَتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ الله..."	-66 67	

الحج	"وَتَرَى الناسَ سُكَارَى وَمَاهُمْ بِسُكَارَى..." "أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ..."	2 46	
النور	"أَوْ الطفْلِ الذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ... " "إِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمْ الحُلُمْ..."	31 59	
العنكبوت	"وَلَيَحْمِلُن أَثْقَالَهُمْ..."	13	
السجدة	"فَلاَ تَعْلَمُ نَفْسٌ مَا أُخْفِيَ..."	17	
الأحزاب	"الذِينَ يُؤذُونَ المُومِنِينَ وَالمُومِنَاتِ..." " إِنا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ..."	58 -72 73	
فاطر	:" وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٍ إِلَى حَمْلِهَا..." "وَلَوْ يُؤَاخِذُ اللهُ الناسَ بِمَا ..."	18 46	
ياسين	"اليَوْمَ نَخْتِمُ عَلَى أَفْوَاهِهِمْ..." " إِنمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا..."	64 71	
الصافات	"وقفوهم إنم مسؤولون..."	24	
الزخرف	" وَسَوْفَ تُسْأَلُونْ..."	43	
القمر	"إِن المُجْرِمِينَ فِي ظَلاَلٍ وَسُعُرٍ..."	4	

الرحمن	" فَيَوْمَئِذٍ لاَ يُسْأَلُ عَنْ ذَنْبِهِ... "	38	
القلم	" نُ وَالقَلَمُ وَمَا يَسْطِرُونْ..." "مَنَّاع للخيرٌ..."	2 12	
المدثّر	" كُلُ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ..."	38	
التكوير	"وَمَا صَاحِبُكُمْ بِمَجْنُونْ..."	22	
المطففين	" إِنَ الذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنْ... "	29	
الطارق	" فَلْيَنظُر الإِنْسَان مِما خُلِقَ، خُلِقَ مِنْ مَاءٍ..."	7-6-5	

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

كتب علوم القرآن والتفسير:

1- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوف سنة 370هـ، دار الكتاب العربي بيروت لبنان، ط1: 1335هـ.

2- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة 543هـ، تحقيق علي محمد البجاوي دار المعرفة بيروت لبنان، دار الجيل بيروت لبنان 1407هـ-1987م.

3- في ظلال القرآن لسيد قطب دار الشروق، الطبعة 11: 1405هـ-1985م.

كتب الحديث وعلومه وشروحه:

1- التلخيص الجير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأحمد بن علي إبن حجر العسقلاني المتوفى سنة 852هـ، دار الفكر (د ت ط).

2- الجوهر النقيّ لعلاء الدين التركماني المتوفى سنة 745هـ، ويليه فهرس الأحاديث ليوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة بيروت لبنان 1413هـ- 1992م.

3- سنن الترمذي: وهو الجامع الصحيح لأبي عيسى الترمذي المتوفى سنة 279هـ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان دار الفكر الطبعة 3: 1398-1978م.

4- سنن الدار قطني لعلي بن عمر الدار قطني المتوفى سنة 385هـ، ويليه التعليق المغني لأبي الطيب محمد شمس الحق القيم العظيم أباري، تحقيق:

السيد عبد الله هاشم يماني المدني دار المحامين للطباعة- القاهرة 1386هـ- 1966م.

5- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة 458هـ، وبذيله.

6- سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة 275هـ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية (د ت ط).

7- سنن النسائي: للحافظ النسائي المتوفى سنة 303هـ، شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي دار الكتاب العربي بيروت لبنان (د ت ط).

8- سنن أبي داوود: لأبي داوود سليمان السجستاني الأذري المتوفي سنة 275هـ،تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد دار إحياء السنة النبوية (د ت ط).

9- شرح معاني الآثار لأبي جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي المتوفى سنة 321هـ، تحقيق: محمد سيد جاد الحق ويوسف عبد الرحمن مرعشلي، عالم الكتب بيروت الطبعة1 1414هـ-1994م.

10- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد إسماعيل البخاري المتوفى سنة 250هـ الشهاب الجزائر 1990م.

11- صحيح ابن حبّان بترتيب ابن بلبان لعلاء الدين علي بن بلبان الفارسي المتوفى سنة 739هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان 2: 1414هـ-1993م.

12- صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري المتوفى سنة 261هـ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء الثرات العربي الطبعة 1: 1675هـ-1955م.

13- فتح الباري: شرح صحيح البخاري للحافظ الإمام أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني المتوفى سنة 825هـ دار إحياء الثرات العربي بيروت الطبعة 2: 1402هـ.

14- المستدرك على الصحيحين للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفى سنة 405هـ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة1: 1411هـ-1990م.

15- المسند للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة 241هـ، رقّم أحاديثه محمد عبد السلام عبد الكافي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة1: 1413هـ-1993م.

16- نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله يوسف الزيلعي المتوفى سنة 762هـ مع حاشية النفسية المهمة بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، دار الحديث القاهرة.

كتب الآثار:

1- مصنف عبد الرزاق للحافظ الكبير أبي بكر بن الهمام الصنعاني المتوفى سنة 611هـ ومعه كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأعزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، طبعة المكتب الإسلامي بيروت، طبعة2: 1403هـ-1983م.

2- معرفة السنن والآثار عن الإمام محمد بن إدريس الشافعي مخّرّج على ترتيب مختصر المزني للإمام أبي بكر الحسن البيهقي، تحقيق: سيد كسردي حسن، دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة 1: 1412هـ-1991م.

3- موطأ للإمام مالك بن أنس رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد: أحمد راتب عرموش دار النفائس بيروت الطبعة 5: 1401هـ-1981م.

كتب أصول الفقه:

1- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي المتوفى 684هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1403هـ/1983م.

2- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة 1250هـ، دار الهدى عين مليلة الجزائر (د ت ط).

3- أصول الفقه الإسلامي لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

4- البحر المحيط في أصول الفقه للإمام الزركشي الشافعي المتوفى سنة 794هـ: تحقيق الشيخ عبد القادر عبد الله العاني وعمر سليمان الأشقر دار الصفوة بالغردقة طبعة2، 1413هـ-1992م.

5- التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لابن همام الدين الاسكندري الحنفي المتوفى سنة 861هـ، مصطفى الباي الحلبي وأولاده بمصر، طبعة جمادى الأولى 1351هـ.

6- تسيير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لابن الهمام لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه المتوفى سنة 861هـ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (د ت ط).

7- حاشية البناني لشمس الدين المحلي المتوفى 1198هـ على شرح جمع الجوامع، مصطفى الباني الحلبي وأولاده، الطبعة 2، 1356هـ-1937م.

8- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله للإمام ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة 620هـ، تحقيق:

سيف الدين الكاتب، الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1401هـ/1981م.

9- شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني المتوفى سنة 792هـ تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م.

10- فوائح الرّحموت لنظام الدين الأنصاري بشرح مسلم الثبوت، في أصول الفقه لعبد الشكور في هامش المستصفى من علم أصول الفقه،دار الفكر للطباعة والنشر (د ت ط).

11- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي لعبد العزيز البخاري المتوفى سنة 730هـ تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة 1: 1418هـ - 1997م.

12- المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي المتوفى سنة 606هـ، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة 2 : 1442هـ -1992م.

13- المستصفى من علم أصول الفقه لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة 505هـ ومعه كتاب فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لابن عبد الشكور ، دار الفكر للطباعة والنشر (د ت ط).

14- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم الشاطبي المالكي المتوفى سنة 790هـ تحقيق: الشيخ عبد الله دراز، الأستاذ محمد عبد الله دراز، والأستاذ عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان (د ت ط).

كتب الفقه الإسلامي:

1- الإجماع: لابن المنذر المتوفى سنة 318هـ، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الثانية :1408هـ-1988م.

2- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لزين الدين بن إبراهيم بن بكر لابن نجيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة 1: 1413هـ 1993م.

3- الإشراف على مذاهب أهل العلم لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي المتوفى سنة 309 هـ، تقديم: عبد الله عمر البارودي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، 1414هـ-1993م.

4- الأصل المعروف بالمبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة 189هـ، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني عالم الكتب بيروت، الطبعة 1: 1410هـ-1990م.

5- الأم أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى 204هـ مع مختصر المزني دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت لبنان 1410هـ/1990م.

6- البحر الرائق شرح كـ الدقائق لزين الدين إبراهيم بن محمد بن بكر، ابن نجيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، دار الكتب الإسلامية القاهرة الطبعة.2

7- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة 587هـ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان طبعة 2: 1406هـ-1986م.

8- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة 595هـ تحقيق: عبد المجيد حطبي دار المعرفة بيروت لبنان، الطبعة1: 1418هـ-1997م.

9- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله المواق المتوفى سنة 897هـ، بهامش مواهب الجليل، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة1: 1416هـ-1995م.

10- تبصرة الحكام في أصول قضية ومناهج لأحكام القاضي أبي القاسم محمد بن فرحون المتوفى سنة 799هـ، مصطفى الباني الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة: 1378هـ-1958م.

11- تكلمة شرح فتح القدير المسمي نتائج الأفكار للقاضي زاده تحقيق الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة1: 1415هـ-1995م.

12- حاشية البجميري على المنهج المسّمى التجريد لنفع العبيد لسليمان بن عمر بن محمد البجميري الشافعي على شرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة 1369هـ-1950م.

13- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة على الشرح الكبير لأبي بركات سيدي أحمد الدردير المتوفى وبهامش تقريرات محمد عليس دار إحياء الكتب العربية عيسى الباني الحلبي وشركاه.

14- الذخيرة لشهاب الدين القرافي المتوفى 684هـ تحقيق محمد بوخبرة دار العرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة 1: 1994م.

15- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل الخرشي وبامشه حاشية الشيخ العدوتي، دار صادر بيروت (د ت ط).

16- شرح الزرقاني على الموطأ لإمام مالك لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المالكي المتوفى سنة 1122هـ - دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة 1: 1411هـ/1990م.

17- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للعلامة الهمام مولانا الشيخ النظام، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، الطبعة 4: 1406هـ-1986م.

18- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، دار الفكر للطباعة، دمشق الطبعة 2: 1405هـ-1985م.

19- القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، بن جزي الكلبي المتوفى سنة 841هـ تحقيق: محمد موهوب بن حسين، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

20- كشاف القناع للشيخ العلامة منصور بن يونس بن أحمد بن إدريس البهوتي المتوفى سنة 1051هـ عن متن الإقناع لأحمد بن موسى الحجاوي الصالحي المتوفى 960هـ، تحقيق الشيخ هلال مصطفى هلال دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 1402هـ-1982م، الطبعة الأولى.

21- كشاف القناع عن الإقناع لأحمد حجاوي الصالحي المتوفى 960هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة 1: 1418هـ-1997م، الطبعة الثانية.

22- المبسوط لمحمد بن أبي سهل أبو بكر لشمس الدين السرخسي المتوفى سنة 482هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

23- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري المتوفى سنة 456هـ تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل بيروت لبنان.

24- المدخل الفقهي العام لأحمد مصطفى الزرقا، ألف باء دمشق 1967-.1968

25- المدونة الكبرى لمالك بن أنس الأصبحي ، رواية الإمام سحنون، دار صادر بيروت لبنان 1323هـ.

26- المغني: لأبي محمد عبد الله بن أحمد موفق الدين بن قدامة المقدمي المتوفى سنة 620هـ ويليه الشرح الكبير لشمس الدين أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة 682هـ لموفق الدين لابن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي بيروت لبنان طبعة جديدة: 1403هـ-1983 (الطبعة الأولى)، دار الكتب العلمية بيروت لبنان (الطبعة الثانية).

27- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة977هـ تحقيق: الشيخ علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود ومحمد بكر إسماعيل دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة 1، 1415هـ/1994م.

28- المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي المتوفى سنة 476هـ، وبذيله صحائفه النظم المستعبد ب في شرح غريب المهذب لمحمد الركبي اليمني المتوفى 633هـ تحقيق الشيخ زكريا عميرات دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة 1: 1416هـ-1995م.

29- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب المتوفى 954هـ وبامشه التاج والإكليل المختصر خليل المواق المتوفى 847هـ، تحقيق الشيخ زكريا عميرات دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة1: 1416هـ-1445م.

30- الهداية شرح بداية المبتدئ علي بن بكر أبي الحسن الرشداني المرغيناني المتوفى سنة 593هـ، مصطفى الباني الحلبي وأولاده مصر الطبعة الأخيرة.

كتب أخرى

1- الإبانة عن أصول الديانة لأبي الحسن الأشعري المتوفى سنة 324هـ، تحقيق: بشير محمد عيون، دار البيان دمشق بيروت، الطبعة 1420/4هـ - 1999م.

2- الأحكام السلطانية في الولايات الدينية لمحمد بن حبيب أبي الحسن الماوردي المتوفى سنة 450هـ، تحقيق: خالد عبد اللّطيف السّبع العلمي: دار الكتاب العربي بيروت لبنان، الطبعة 3: 1420هـ -1999م.

3- أحكام الصغار لمحمد بن محمد بن الحسين لأستروسني المتوفى سنة 632هـ، تحقيق: محمد حميدة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة 1: 1418هـ -1997م.

4- إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة 505هـ، دار الكتاب العربي (د ت ط).

5- الإدراك الحسي عند الغزالي لبخاري حمان -دراسة نفسية مقارنة- ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر-

6- الإدراك الحسي عند ابن سينا لمحمد عثمان نجاتي - بحث في علم النفس عند العرب- ديوان المطبوعات الجامعية بيروت الطبعة 3: 1995م.

7- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق عصام فارس الخرستاني، دار الجيل، الطبعة1، 1413هـ -1993م.

8- السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر لمحمد الرضا عبد الرحمن الأغبش، جامعة لامام محمد بن سعود الإسلامية 1417هـ - 1996م.

9- شرح الأصول الخمسة للقاضي عبد الجبار المعتزلي المتوفى سنة 415هـ تحقيق: عبد الكريم عثمان وأحمد بن الحسن بن أبي هاشم، الاستقلال الكبرى القاهرة، الطبعة1: 1384هـ -1965م.

10- الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء لمحمد الكبيسي مراجعة عبد الله نار، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر.

11- دراسات في الفرق والمذاهب القديمة المعاصرة لعبد الله أمين، دار الحقيقة، بيروت، الطبعة 1: 1406هـ -1986م.

12- غاية المرام في علم الكلام لسيف الدين الآمدي، تحقيق: حسن محمود عبد اللطيف، يشرف على إصدارها محمد توفيق عويضة، طبعة 1391هـ، 1971م.

13- في علم الكلام لأحمد محمود صبحي -دراسة فلسفية في أصول الدين، دار الكتب الجامعية الطبعة 2: 1976م.

14- المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية لمحمد عمارة. المؤسسة العربية للدراسات والنشر بغداد الطبعة 2 : 1984م .

15- مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، لأبي الحسن الأشعري المتوفى سنة 324هـ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، الطبعة 1: 1359هـ 1950م.

16- المواقف في علم الكلام لعبد الرحمان أحمد الإيجي.. عالم الكتب بيروت-مكتبة المتنبي القاهرة-مكتبة سعد الدين دمشق (د ت ط).

17- النظريات الفقهية لمحمد الزحيلي دار القلم دمشق والدار الشامية بيروت، الطبعة الأولى 1414هـ -1993م.

18- نشأة الأشعرية وتطورها لجلال محمد موسى، دار الكتاب اللبناني بيروت لبنان، الطبعة 1: 1395هـ 1975م.

كتب التراجم

1- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرّجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين لخير الدّين الزركلي، دار العلم للملايين بيروت لبنان طبعة 10: 1992م.

2- الاستيعاب في أسماء الأصحاب للفقيه الحافظ المحدّث القرطبي المالكي المتوفى سنة 463هـ وهو بذيل الإصابة في تمييز الصحابة دار الكتاب العربي بيروت (د ت ط).

3- الإصابة في تمييز الصحابة لشيخ الإسلام أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المتوفى سنة 852هـ ،دار الكتاب العربي بيروت (د ت ط).

4- البداية والنهاية للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير المتوفى سنة 774هـ مكتبة المعارف بيروت لبنان، الطبعة 5: 1405هـ -1984م.

5- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للقاضي العلامة شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة 1250هـ، دار الكتاب الإسلامي القاهرة.

6- بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس للضّبي المتوفى سنة 599هـ، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت، طبعة1: 1410هـ -1989م.

7- تاريخ بغداد أو مدينة السلام للحافظ أبي بكر أحمد الخطيب البغدادي المتوفى سنة 463هـ، تحقيق بشار عوّاد معروف، دار الغرب الإسلامي الطبعة 1: 1422هـ-2001م.

8- تذكرة الحفاظ لشمس الدين أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة 748هـ تحقيق: وزارة المعارف للحكومة الهندية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان (د ت ط).

9- تذيب التهذيب للإمام أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المتوفى 852هـ، مؤسسة التاريخ العربي-دار إحياء التراث العربي- بيروت لبنان (د ت ط).

10- جذوة المقتبس في تاريخ علماء الأندلس للحميدي المتوفى سنة 488هـ، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت، طبعة: 1410/1هـ-1989م.

11- سير أعلام النبلاء لشمس الدين أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة 748هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة 10: 1414هـ-1994م.

12- طبقات الشافعية لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي المتوفى 476هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي بيروت لبنان، طبعة2: 1401هـ-1981م.

13- الطبقات الكبرى لمحمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان طبعة1: 1410هـ-1990م.

14- طبقات الشافعية لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي المتوفى 776هـ، تحقيق: يوسف الحوت، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، طبعة1: 1407هـ-1987م.

15- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة 771هـ، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحي، عيسى البالي الحلبي وشركاه بالقاهرة سنة 1383هـ-1964م.

16- الضوء اللاّمع لأهل القرن التاسع لشمس الدين محمد عبد الرحمن السخاوي، دار الجيل بيروت لبنان، طبعة1: 1412هـ-1992م.

17- لسان الميزان: لأحمد بن محمد العسقلاني المتوفى سنة 852هـ، تحقيق: الشيخ معاد أحمد عبد الوجود- علي محمد عوّض- عبد الفتاح أبو سنة دار الكتب العلمية لبنان بيروت، 1416هـ-1996م.

18- وفيات الأعيان وأنباء الزمان لشمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر خلكان المتوفى سنة 681هـ، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة بيروت لبنان (د ت ط).

كتب اللغة

1- تاج اللغة وصحاح العربي لإسماعيل بن حمّاد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطّار، دار العلم الملايين بيروت لبنان، الطبعة4: 1990م.

2- القاموس المحيط: لمد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى سنة 817هـ، تحقيق: الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر بيروت لبنان 1415هـ-1995م.

3- كتاب التعريفات لعلي محمد بن محمد الشريف الجرجاني المتوفى سنة 816هـ، مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح طبعة جديدة 1990م.

4- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأيوب بن موسى الحسيني الكفوي الملّقب أبي البقاء المتوفى سنة 1094هـ، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة 2: 1413هـ، 1993م.

5- لسان العرب محمد بن مكرّم علي بن أبو القاسم محمد بن منظور لابن منظور المتوفى سنة 711هـ، مؤسسة التاريخ العربي، ودار إحياء الثرات العربي بيروت لبنان طبعة: 3-2-1: 1408هـ-1988م.

كتب قانونية:

1- الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون لعبد الفتاح مصطفى الصيفي، دار النهضة العربية القاهرة: 1997م.

2- إجرام الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارنا بقانون لأحداث لمحمد الشحات الجندي، دار الفكر العربي طبعة 1: 1406هـ-1986م.

3- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي لعبد القادر عودة، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان الطبعة 14: 1419-1998م.

4- تاريخ أوربا في العصور الوسطى لسعيد عبد الفتاح عاشور، دار النهضة العربية بيروت 1976م.

5- تاريخ النظم لدليلة فركوس، أطلس للنشر الجزائر، مارس 1995م،

6- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية لهشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، الدار الجامعية 1988م.

7- الجريمة للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي (د ت ط).

8- الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي لعبد الفتاح خضر معهد لإدارة العامة 1405هـ-1985م.

9- شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق لعبد الله أوهايبة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، .2004
10- شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام- لرضا فرج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع –الجزائر-
11- شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام - لعبد الله سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر .2002
12- شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم الخاص- لمحمد صبحي نجم، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، سنة .2000
13- شرح قانون العقوبات اللبناني- القسم العام لمحمود نجيب حسني، بيروت، حقوق التأليف والنشر محفوظة 1968م.
14- قانون الإجراءات الجزائية، يوسف دلاندة منسقًا طبقا للتعديلات التي أدخلت عليه، الشهاب الجزائر 1991م.
15- قانون العقوبات- القسم العام- لعبد الله فتوح الشادلي، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998م.
16- قانون العقوبات -القسم العام- لمحمد عوض، المكتبة القانونية دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998م.
17- قانون العقوبات لوزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 2: .1999
18- القانون المدني وزارة العدل طبعة الديوان الوطني للأشغال التربوية 1998م.
19- قانون المرور دار العلوم للنشر والتوزيع الشهاب الجزائر سنة 2000م.

20- قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية لحسن صادق المرصفاوي، معهد البحوث والدراسات العربية مطبعة م.ك. الإسكندرية 1972م.

21- محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية معهد الدراسات العربية العالية 1958م.

22- المسؤولية والجزاء لعلي عبد الواحد وافي، دار إحياء الكتب العربية، مؤلفات الجمعية الفلسفية مصر، 1368هـ-1948م.

23- مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والحمات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- لإبراهيم فاضل يوسف الربو الأقصى عمان الأرض، الطبعة1: 1403هـ-1983م.

24- المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري لابتسام الفرّاح، قصر الكتاب، البليدة.

25- موانع المسؤولية الجنائية لعبد السلام التنوجي، دار الهنا للطباعة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم 1971م.

26- الموسوعة الجزائية لفريد الزغبي، دار صادر بيروت الطبعة3: 1995م.

27- علم الإجرام وعلم العقاب: لعلي عبد القادر القهوجي، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1986م.

28- النظرية العامة للأهلية الجنائية لعادل يحيى قرني دار النهضة العربية القاهرة 2000م

29- النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي - الجريمة والمسؤولية الجنائية- لسامي النصراوي مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة2: 1986م.

30- الوسيط في قانون العقوبات -القسم العام- لأحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة 6 معدّلة: 1996م.

مصادر أجنبية:

1- la responsabilité- Etude de sociologie- par Paul Fauconnet- librairie Felix Alcan- Paris- Année 1920.

- اللات:

1- اللة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، العدد الأول سنة 1990م، والعدد الثالث سنة 1989م.

2- اللة القضائية (المحكمة العليا)، الديوان الوطني للأشغال التربوية - الحراش- قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا العدد الثاني 1993م.

3- المحاماة: تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية، دار الطباعة الحديثة، العدد لخامس والسادس، مايو ويونيو 1986- السنة السادسة والستون.

4- مجلة الشرطة: الإمارات العربية المتحدة، العدد 350 فبراير سنة 2000م.

فهرس الموضوعات

ملخص البحث باللّغة العربية

ملخص لأهم ما جاء في هذا البحث من نتائج

• للموضوع أهميته التي لا تخفى على أيّ باحث، ويكفي في ذلك أنّ الأصوليون تناولوه في مباحث المحكوم عليه، كما تناوله الفقهاء في أبواب كثيرة لمسائل عديدة لا تعدّ ولا تحصى في كلّ مرة كان لزامًا عليهم بيان شروط المكلف وبخاصة في أبواب الجنايات.

- كذلك تناوله أهل القانون عندما تبيّن لهم مسيس الحاجة لوضع قواعد لمثل هذا الموضوع إبّان النهضة الأوربية.

• إنّ أبرز فكرة يقوم الموضوع على معالجتها تحليلاً ونقدًا هي:

- من الذي يمكن أن يعدّ أهلاً لتحمل التبعة في النظامين الوضعي والإسلامي ومدى إظهار البحث لأوجه الوفق والفرق.

• كما يعد موضوع المسؤولية الجنائية من المواضيع الأصولية الفقهية القانونية ممّا جعل تناوله مزيجًا بين علوم مختلفة، غنّيا بالمسائل الفقهية.

• إنّ بيان مفهوم المسؤولية الجنائية يستلزم بيان المصطلحات للدّلالة عليه بين المسؤولية الجنائية وغيرها.

• إتفاق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في بيان قوام المسؤولية الجنائية والمتمثلة في أهلية الشخص لتحمّلها.

• وإن كان يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في نوعي الأهلية إذ يجعل الفقه الإسلامي الأهلية نوعان هما:

أ- وهو أهلية وجوب ولها ما يترتب عليها من أحكام فقهية خاصة بها.

ب- أهلية أداء وتمثل أقصى المراحل ولها أحكامها المتعلّقة بها.

• بينما ليس الأمر كذلك في القانون الجنائي وإن كنا نرى مثل هذا الصنيع (أي التقسيم) في القانون المدني.

- كما يختلف تقسيم مراحل الأهلية في كل نظام عن النظام الآخر.

- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن شرطا الأهلية أمران لا ثالث لهما: الإدراك وحرّية الإختيار.

- وإن كان ثمة خلاف في الدّلالة على كلّ واحد منهما بين النظامين:
إذ يعّبر أهل القانون على الإدراك بالتمييز وإن كان يعدّ في الواقع أدنى من الإدراك مرتبة.
كما يعّبرون عن حرية الإختيار بإرادة، وإن استلزم ذلك في كلّ إطلاق بيان المراد بمصطلح الإرادة، هل المقصود بالإرادة الحرّ: المشترطة في المسؤولية الجنائية أم الإرادة الإجرامية للركن المعنوي.

- إن مثل شرط حرية الإختيار لا ريب أن يدور حوله جدل كبير ونقاش حّاد بين الفكرين الوضعي والإسلامي إنتهى كلّ من الفكرين إلى إقرار حرية الإنسان على أقواله وأفعاله.

- يعّرض بحث الأهلية الجنائية في القانون نزاعًا يتعلّق في القانون بمجمله حول مكانة الأهلية بين محور الفعل –الركن المعنوي- الفاعل- المسؤولية الجنائية-

- بينما يحسم الفقه الإسلامي هذا الخلاف بجعل الأهلية الجنائية عمادًا لأمور ثلاث: الفعل والفاعل والجزاء.

- تتدّرج المسؤولية الجنائية بين درجات مختلفة تتراوح بين العمدية والخطأ إن في الفقه الإسلامي وإن في القانون.

- كما يتفق كلاهما في تقسيم المسؤولية الجنائية إلى عمدية بسبب توافر القصد بكل أنواعه وغير العمدية بسبب توافر الخطأ بكل أنواعه وإن كان الخلاف القائم بين القصد والعمد إذ يفرق أهل القانون بينهما بينما نجد الأمر ليس كذلك في الفقه الإسلامي.

- إنّ طروء عيب من العيوب كالجهل أو غيره من الموانع على المسؤولية الجنائية يخّل بأصل ثبوت التبعة ممّا يحيد بالأصل عن موضعه.
- يقسم الفقه الإسلامي الموانع إلى سماوية أي غير مكتسبة كالجنون مثلاً وموانع مكتسبة كالسكر على سبيل المثال.

- كما يمكن تصنّف هاته الموانع أيضًا إلى موانع إدراك وموانع إختيار.

- اختلف العلماء في مانع الصغر بين مؤيد له باعتباره عارض وبين رافض على اعتباره مانع ومع ذلك فكثيرًا ما أدرج ضمن العوارض.
- يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في الاعتماد على علامات البلوغ لإثبات المسؤولية الجنائية بين العلامات الطبيعية وبين علامة السّن.
- يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في تقسيمه لأطوار مسؤولية الحدث في المجال الجنائي.
- يعدّ الجنون من الموانع إن في الفقه الإسلامي وإن في القانون، وإن كان القانون يسوّي بين الجنون وغيرها من العاهات العقلية مهما اختلفت نسبة التفاوت فيما بينها وهو عكس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي إذ لا يسوّي بين جلّ هاته العاهات في الدرجة وإن اعتبرها موقفة لتنفيذ العقوبة مسقطة للتبعة.
- تعدّ حالة الجنون في كلّ من القانون والفقه الإسلامي وقت ارتكاب الجريمة مانع من المسؤولية الجنائية وإن كان امتناع التبعة يوجب الضمان.

- على أنهم اختلفوا (الفقهاء المسلمون) فيمن يتحمّل التعويض، بين مذهب جمهور الفقهاء القائل بأنها على العاقلة وبين مذهب الشافعية القائل بأنها في ماله.

- اختلف كل من الفقه الإسلامي والقانون حالة الجنون الطارئ بعد الجريمة في بعض الأحكام.

• يعدّ السكر من الموانع، وإن كان في الفقه الإسلامي يعّبر جريمة قائمة بحدّ ذاتها ومجرّد تناولها يستوجب العقوبة فإن القانون لا يعّبر الخمر كذلك إلا إذا اقترن بجريمة أخرى.

• اختلف الفقهاء المسلمون حول مدى اعتبار السكران مسؤولاً من عدمه وإن كان الراجح الذي عليه العمل أن مسؤول يتحمل تبعة أفعاله إذ السكر عارض لا يمنع أصل التكليف لأنه سرعان ما يزول.

- ونفس الخلاف عرفه القانون واستقرّ في نهاية الأمر إلى ما استقر إليه الفقه الإسلامي، وإن كان تبعة تتنوع وتتدرج بحسب توافر القصد من عدمه فإن توافر القصد الجنائي عدّت مسؤولية عمدية: بناءًا على توافر إمّا القصد المباشر أو القصد الإحتمالي، وإن انتفت عدّت مسؤولية غير عمدية بناءًا على توافر الخطأ ومع ذلك فقد يطرأ ما يعيب التبعة الجنائية للسكران في كل من الفقه الإسلامي والقانون عند:

- توافر الجهل
- وجود عذر الإباحة
- الإكراه

• يعدّ كلاًّ من الإكراه والضرورة من الموانع التي إن توافرت امتنعت التبعة بيد أنه يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في تكييف الإكراه، فإذا كان القانون يعتبره معدمًا للاختيار فإن الفقه الإسلامي على خلاف في ذلك يرى أنّ الإكراه يعدم الرضا ويفسد الإختيار وليس معدمًا له.

• هناك خلاف قائم بين هذين المانعين وهو أنّ: الفقه الإسلامي وإن أتى على ذكر الإكراه صراحة كعارض عند الحديث عن أبواب المحكوم عليه لدى الأصوليين لا نجد ذكر حالة الضرورة ومثله الفقهاء أثناء عرضهم

للمسائل الفقهية ذلك أن الحديث عن الإكراه في الفقه الإسلامي هو حديث مزج بين الإكراه والضرورة في آن واحد.

- الإكراه ممّا يمنع التبعة إن توافر شرطه سواء في الفقه الإسلامي والقانون كما يقسّم الإكراه إلى قسمان: مادي – معنوي وعلى هذا يتفق النظامان.
- يختلف أثر الإكراه على التبعة في الفقه الإسلامي والقانون بحيث يأت تارة فيعمل عمل الموانع ويأت تارة فيعمل عمل أسباب الإباحة وهو نفس ما تحدثه حالة الضرورة إن توافر ضابطها.

ملخص البحث باللّغة الأجنبية

- الإنجليزية -

Penal responsibility in Islamic jurisprudence and law summary research main points. (The Algerian law model).

1- Every researcher might notice the importance of (penal responsibility), especially if jurists[1] had approached it in sentenced chapter. Also jurisprudents[2] did the same in many aspects of several questions. Both of them were obliged to enumerate responsibility conditions particularly in penal matters.

Legists[3] dealt too with that topic when they felt in need of setting rules for such topics during the renaissance.

2- The most important idea treated in the present study is:

a- who can be considered responsible in both Islamic and positive law.

b- Points of resemblance and difference.

3- Penal responsibility is one of the common topics between jurists, legists and jurisprudents. That makes its study a mixture of several sciences and so it's rich in jurisprudential issues.

4- To shed light on the notion of penal responsibility we should explain terms indicating it such as penal responsibility and others.

5- Both Islamic jurisprudence and positive law consider that penal responsibility is based on personal aptitude at assuming it. Even though, jurisprudents and legists are disagreed about the two

---

[1] Jurists= أصوليين

[2] Jurisprudents= فقهاء

[3] Legist= قانوني

kind of aptitude, for in jurisprudence the aptitude is derided on two kinds:

a- obligatory: and it has its own judgments.

b- Performance: it represents the extreme phase and has its own judgments.

While we can see such division in civil law but not in penal law. Also, system divides the aptitude phases differently.

6- Both jurisprudence and law agree with each other that aptitude has two but not three conditions: reason and free choice. In spite of difference in meaning in view of the fact that legists call reason by perception.

- But in fact it's less than reason- and free choice by will- even if it involves clarifying the term of will is it a free will imposed as one main condition in penal responsibility or forethought with a malice in the moral corner.

7- Such condition i-e free choice must from a large debate between Islamic and positive law. Finally, the two systems admit that it consists on personal freedom of words and deed.

8- There is a debate concerning the palace of aptitude between deed canter the abstract corner "and the doer penal responsibility". While Islamic jurisprudence considers the penal aptitude as a corner stone of the deed, the doer and penalty.

9- Penal responsibility has many degrees from intention to error in both Islamic jurisprudence and law so, penal responsibility is derided in both systems, to intentional, for all sorts of intention are furnished, and unintentional, for all sorts of error are furnished. But the difference between two systems is about intention and will fullness because law

distinguished the two terms whereas Islamic jurisprudence didn't.

10- Occurrence of any kind of fault like ignorance may disturb the main cause of penal responsibility and deviate it from its basis.

11- Islamic jurisprudence divides preventives into divine or non-acquired like madness and acquired like drunk ness. Can be also classified into reason and choice preventives.

12- Scholars disagree over juvenility, some consider it as casual while others see it as a preventive. "It is often included as casual".

13- Law and Islamic jurisprudence disagree about majority signes in penal responsibility between natural signes age.

14- Islamic jurisprudence and law disagree over dividing event responsibility's phases in penal field.

15- Both Islamic jurisprudence and law consider madness as a preventive even through law put on the same level madness and other mental disabilities contrary to Islamic jurisprudence which makes difference in degree and considers that it stays the punishment execution and cancel the responsibility.

16- Madness while committing the crime is a preventive to penal responsibility for both Islamic jurisprudence and law, even if irresponsibility necessitates garantees.

- Notice that jurisprudents disagree over who bears indemnity: The families as the majority see or taking from the mad's possessions as ALSHAFISTS.

17- Law and jurisprudence disagree about emergency madness just after committing the crime in some judgments.

18- Drunkenness is a preventive even though Islamic jurisprudence considers it as a crime by itself and desenes a punishment whereas law does not do the same except if it lead to a crime.

19- Jurisprudents disagree over to what extent drunk is responsible or not. Nevertheless, his responsibility preponderats because drunkenness is casual and does prevent the cause of responsibility and goes in a short time. Legists see the same but the responsibility for those differs and grades according to presence of intention or not. Because if penal intention exists the responsibility will be intentional depending of its kind i-e direct or likely. But if not, the responsibility will be unintentional because of error even though fault might accuse on drunk responsibility in both systems if there are:

- Ignorance
- Permission
- forcing

20- both forcing and nessicity are considered as preventives of responsibility. Although jurisprudence and law disagree over the quality of forcing for law considers that it – forcing – cancels the free choice whereas jurisprudence see that it cancels accepting and damages free choice without cancelling it.

21- Islamic jurisprudence while speaking about forcing mixes it with nessicity and so stays forcing as casual when speaking of sentenced chapters for jurists. Also jurisprudents do the some at exposing jurisprudence questions. Nessicity then is not mentioned.

22- Forcing prevents responsibility if accomplishes its conditions either in law or in Islamic

jurisprudence. The two systems agree on deciding forcing into abstract and concrete.

23- The effect of forcing differ in Islamic jurisprudence and law since it does a preventive once and cause of permission once again and it is the same for nessicity while providing its control.